

II. SENTENCIAS

A cargo de S. BAÑOS, J. BONET CORREA, A. CABANILLAS SANCHEZ, M. DIAZ DE ENTRESOTOS, P. DE ELIZALDE, G. GARCIA CANTERO, J. A. LEONART, A. MANZANARES, C. PAZ-ARES.

I. DERECHO CIVIL

1. Introducción

1. *Cláusula «rebus sic stantibus». Criterios para su aplicación.*—La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que debe acogerse con gran cautela, aplicándose sólo a contratos a largo plazo, de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

Naturaleza y función de la equidad.—La discutida figura de la «aequitas» incorporada por vez primera en forma directa y nominativa a nuestro Código Civil por la reforma introducida por la Ley 373, de 17 de marzo, aparece en su artículo 3.3 como una forma, procedimiento o, si se prefiere, elemento de interpretación, a la vez que corrector de la generalidad de la ley; función y actividad que se encomiendan a los Tribunales. (Sentencia de 9 de mayo de 1983; no ha lugar.)

(P. E. A.)

2. *Normativa reglamentaria.*—Es de notar la irrelevancia que, a efectos casacionales, repetidamente este Tribunal viene atribuyendo a la normativa puramente reglamentaria, que es la supuestamente infringida según el motivo que se examina.

Nulidad.—La nulidad de pleno derecho, a que se refiere el artículo 6, punto 3 del Código civil, deja a salvo aquellos casos en los que la disposición prohibitiva en presencia establezca para el caso de su contravención un efecto distinto de la nulidad que el precepto consagra, situación que es, cabalmente, la del caso de los Decretos de 24 de julio de 1963 y 12 de noviembre de 1976, aprobatorios de las reglamentaciones en materia de viviendas de protección oficial, cuyas infracciones, a que se refiere el artículo 29 de ambas disposiciones —entre ellas la venta a precio distinto del autorizado— son objeto de específica calificación y sanción en trámite procedimental, igualmente, se ordena en los artículos 35 y siguientes de dichas normas reglamentarias. (Sentencia de 25 de mayo de 1983; no ha lugar.)

2. Derecho de la persona

3. *Compraventa de inmuebles. Diferencias de cabida. Artículo 1.472 C. c. Interpretación restrictiva de la prescripción extintiva.*—El instituto de la prescripción extintiva, cual tiene declarado esta Sala, entre otras, en sen-

tencia de 17 diciembre 1979, al venir sustentada sobre un principio de abandono o inactividad que provoca como consecuencia la pérdida de un derecho, debe ser objeto en su aplicación de trato cauteloso y, por ende, restrictivo (SS. de 4 julio 1953, 17 diciembre 1979, 16 marzo 1981 y 9 marzo 1983), siendo esencial a tales efectos la valoración de la voluntad del afectado en orden al mantenimiento y subsistencia de su derecho, de tal modo que cuando se patentice clara y fehacientemente el *animus conservandi*, debe quedar interrumpido el *tempus praescriptionis* (S. de 9 marzo 1983).

Interrupción por acto de conciliación.—Si bien la doctrina de esta Sala, al contemplar el artículo 479 L. e. c., otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptorio si la demanda no fuera presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede olvidarse ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el artículo 1.947 C. c., referido a la usucapión y no a la prescripción extintiva, ni la circunstancia de que el artículo 1.973 habla sólo de *interrupción* de la *praescriptio actionis* «por su ejercicio ante los Tribunales», en el que se comprende la presentación de la papeleta de conciliación, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda merecer este instituto. (Sentencia de 7 de julio de 1983; ha lugar.)

HECHOS: Se trataba de una reclamación por menor cabida de un local comercial cuyo importe alcanzaba a casi tres millones y medio de pesetas. La parte actora había intentado la conciliación en tres ocasiones: 28 junio 1977, 5 octubre 1977 y 1.º diciembre 1977; en las dos primeras sin acuerdo, y en la última sin asistencia de los demandados. La demanda se presentó en el Juzgado en 24 enero 1978. En el pleito se hizo valer la prescripción extintiva del artículo 1.472 C. c., dado que la compraventa se había otorgado el 25 de enero de 1977.

COMENTARIO: Sentencia importante (Pte. Fernández Martín-Granizo) por cambiar la orientación jurisprudencial que Albaladejo consideraba equivocada, en el sentido de no ser interruptivo el acto de conciliación no seguido dentro de los dos meses por la correspondiente demanda (Cfr. su *Derecho civil*, I-2.º, 1980, p. 511). En realidad se aceptan en la sentencia los argumentos ya sostenidos por este autor en su trabajo sobre *La interrupción de la prescripción extintiva civil por acto de conciliación no seguido de demanda*, en R. G. L. J., noviembre 1967, pp. 709 ss. En el mismo sentido Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, I, 4.ª ed., 1981, p. 479.

Interesa destacar el argumento *ab absurdum* unido a razones de equidad que expresa el 4.º considerando de la S. extractada: «A esta interpretación conduce, igualmente, la rigurosa y discutible consecuencia que produce la posición contraria, ya que ello supondría otorgar una mayor eficacia interruptiva respecto de la prescripción extintiva que contempla el artículo 1.973 C. c., a la reclamación extrajudicial que a la verificada a través de la conciliación, con evidente ruptura del principio exegético que sanciona el artículo 3.º C. c., tanto en orden a la necesidad de interpretar las normas conforme al espíritu general de las mismas, como al juego de la equidad,

al intercalar en la letra e incluso el espíritu del citado artículo 1.973 un elemento nuevo desde el punto de vista del derecho sustantivo, que se impone a la declaración de voluntad ínsita en la papeleta de conciliación».

G. G. C.

4. *Interpretación normativa. Criterios utilizables.*—Como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, la interpretación de los preceptos positivos debe ser obtenida no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico, que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley y su ponderación sistemática, que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico. En definitiva, la labor interpretativa debe responder al fin supremo de la Justicia, que únicamente puede estimarse cumplido cuando el precepto se aplica con la adecuada y justa flexibilidad de criterio que permita acomodarse a las circunstancias del caso.

Personas que pueden ser socios de Cooperativas de enseñanza.—Las cooperativas persiguen realizar una actividad económico-social para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y la finalidad a que se dedique marca un límite para la determinación de sus miembros, que sólo pueden ser quienes ostenten interés directo en razón a los servicios que preste la cooperativa. En relación con las cooperativas de enseñanza, sería absurdo que el control y gestión de su actividad pudiese ser asumido, en la posición de socios, por quienes, no siendo alumnos ni padres de alumnos, carecen de interés directo en la prestación del servicio. (Sentencia de 15 de marzo de 1983; no ha lugar.)

ANTECEDENTES: La Asamblea General Extraordinaria de una cooperativa de enseñanza aprobó una nueva redacción del artículo 5 de sus estatutos, admitiendo la posibilidad de ser socios de ella a «personas físicas o jurídicas que presten su ayuda en los términos desarrollados por los estatutos y acrediten ante el Consejo Rector un interés común con los restantes socios, de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento». El acuerdo de la Asamblea fue impugnado por uno de los socios, por entender que vulneraba el artículo 118 del Reglamento de Cooperativas, aprobado por R. D 2.710/78, de 16 de noviembre, que, para las Cooperativas de Enseñanza, establece en su apartado 2: «Serán socios de las Cooperativas de Enseñanza los padres de alumnos o sus representantes legales y los propios alumnos cuando sean mayores de edad o estén emancipados».

La impugnación prosperó ante la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad.

NOTA: De esta sentencia conviene destacar dos aspectos fundamentales: 1.º) La admisión, sin dificultad alguna, del recurso de casación fundado en alegatos sobre la «interpretación de un precepto reglamentario, como el citado artículo 118 del Reglamento de Cooperativas, núcleo del pleito, como reconoce el Tribunal Supremo en el primer considerando de la sentencia.

No cabe duda de la condición de «reglamento ejecutivo» que tiene el Reglamento de Cooperativas, sobre todo al regular las clases de éstas, pues cumple el mandato del artículo 49 de la Ley 52/74, General de Cooperativas («las Cooperativas se clasificarán en la s normas reglamentarias de esta Ley...»), pero, a pesar de su rango reglamentario, la sentencia no rechaza su acceso a la casación, criterio jurisprudencial generalizado.

2.º) En cuanto al fondo del asunto, debe señalarse que el apartado 3 del citado artículo 118 regula las Cooperativas de Enseñanza de Trabajo Asociado, que pueden constituir los profesionales de la enseñanza y al personal no docente de los Centros, con lo que viene a cerrarse el campo cooperativo en este sector. Como acertadamente recuerda la sentencia, para la participación de otras personas en estas cooperativas podría utilizarse la figura de los «asociados», recogida por la Ley de 1974 en su artículo 16.

En cualquier caso parece evidente que el núcleo fundamental del régimen jurídico de las Cooperativas pertenece al Derecho privado, lo cual no ha sido debidamente captado por el Tribunal Constitucional en su sentencia

72/83, de 29 de julio.

(P. E. A.)

5. *Contratación entre sociedad madre y sociedad filial. Tercería de dominio y perjuicio de terceros.*—Una sociedad vende a su subsidiaria maquinaria industrial reservándose el dominio sobre la misma hasta tanto el precio no esté íntegramente satisfecho. Un acreedor de la sociedad filial reclama judicialmente el pago de un crédito y el juez decreta el embargo de aquella maquinaria (que, por lo demás, constituía el único patrimonio de la sociedad hija). La sociedad madre, propietaria del bien embargado en base a la reserva de propiedad mencionada, interpone una tercería de dominio. El T. S. no accede a la pretensión de la sociedad tercerista. A tales efectos, despliega un amplio y convincente razonamiento que hace referencia a las múltiples peculiaridades de la cláusula de reserva de propiedad (no inscripción, problemas de derecho aplicable, etc.). Aquí, sin embargo, nos interesa referir el último considerando en el que se señala lo siguiente: «... en el caso contemplado, como consecuencia del juego de la personalidad jurídica se observa que aparte de que es una sociedad (sociedad madre) la que se vende a sí misma, aunque con otro nombre (sociedad filial), es después esta segunda la que reconoce el dominio en favor de la primera que, naturalmente, acepta, dándose lugar con ello a que en el acto jurídico celebrado, las contrastantes voluntades de ofrecer y aceptar están emitidas por una sola persona, lo que, si formalmente es factible, choca, para su admisión en derecho, con la recta interpretación del artículo 1.254 y con la ilicitud que entraña el perjuicio de los intereses de los acreedores que ven frustrados sus legítimos derechos amparados por la norma genérica del artículo 1.911, según el que, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» (STS/20-VI-1983; no ha lugar).

NOTA: Aunque nos mostramos totalmente de acuerdo con el resultado alcanzado por el T. S. en esta resolución, disentimos en cambio respecto del razonamiento desenvuelto en el considerando que hemos reproducido y al que limitamos esta nota. El razonamiento de nuestro juez de casación, en síntesis extrema, viene a ser del siguiente tipo: *aunque la autcontratación está permitida cuando quede excluido el conflicto de intereses, debe volver*

a prohibirse cuando perjudique intereses de terceros. Esta doctrina conduce a hacer de la norma prohibitiva del contrato *cum se ipso* una norma de tutela de acreedores (es decir, de terceros extraños a la relación de referencia), lo cual «ni es necesario ni es apropiado». No es *apropiado*, porque si declaramos nulo el negocio debemos devolver a la sociedad madre la maquinaria en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.303 CC; y así, desde luego, no resolvemos el problema (en este caso este problema no se plantea, ya que el negocio constitutivo de la reserva de propiedad se hizo *a posteriori*). No es *necesario*, porque para la solución del caso disponemos de mecanismos más congruentes y concretamente entendemos que sería más pertinente aplicar aquí la *doctrina de la responsabilidad por infracapitalización* tal y como la hemos expuesto en un trabajo publicado en un fascículo anterior de esta revista (v. c. Paz-Ares, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ODC (1983), pp. 1587-1639. Así lo hizo en un caso similar de venta con reserva de dominio el T. S. alemán en una sentencia reciente (v. BGHZ 68, p. 319), en la que se entendió que los acreedores disponen de una acción de restitución (de la cosa gravada con la reserva de propiedad) si el «socio (vendedor) contra la finalidad de las normas de defensa de la aportación y conservación del capital social recupera un bien que económicamente debe calificarse como capital», como indiscutiblemente sucede en la sentencia que reseñamos. En todo caso no podemos ocultar que la solución propuesta por el Tribunal Supremo ha sido mantenida por alguna autorizada voz de la doctrina alemana (vg. Göggerle o Giesen), que ha propuesto la reconversión del § 181 BGB (que disciplina el *In sich-Geschäft*) para ser utilizado en supuestos de sociedades unipersonales, lo que virtualmente implica la construcción del citado precepto como norma de tutela de acreedores: cfr. E. Schanze, *Einmangengesellschaft und Durchgriffhaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftrechtliche Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1975, p. 110, nota 428 e *ibi* la referencia a Göggerte y la crítica de su planteamiento; K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona-2, 1979, p. 387, donde se rebate la tesis de Giesen. V. también, en el sentido de nuestra propuesta, R. Reinhardt y D. Schultz, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen-2, 1981, p. 338.

(C. P. A.)

3. Obligaciones y contratos

6. *Inexistencia de condición*.—Como ha declarado esta Sala, es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de la condición en las obligaciones no se presume, y que la obligación condicional, al ser la excepción, requiere prueba.

Edificación por el vendedor en el terreno vendido y aún no entregado.—El artículo 362 del Código civil se refiere a la edificación «en terreno ajeno», y por ello no es aplicable al supuesto debatido, ya que no existe dominio acreditado del terreno sobre el que el vendedor edificó, a favor del comprador, puesto que aún no le ha sido entregado. No justificado el dominio, no puede el demandante, actual recurrido, instar la aplicación del artículo 362 del citado Cuerpo legal ante una cosa que a la sazón no era ajena al edificante, ya que, como también declaró esta Sala, para dar nacimiento al derecho de adquisición debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, presupuesto fundamental que no concurre en el caso debatido, por lo que, si bien han de aceptarse las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa cumplido por el comprador, en cuanto a su derecho a que le sea entregada la cosa que fue su objeto, no puede llegarse a la conclusión de que también le

pertenezca lo edificado en el suelo adquirido y que aún no le ha sido entregado, ni ostenta sobre él un derecho real de dominio. (Sentencia de 27 de abril de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de una parcela, que no fue entregada por el vendedor a los compradores. Durante la estancia de estos en Suiza, el vendedor edificó en dicha parcela un chalet. Los compradores demandaron al vendedor solicitando el otorgamiento de escritura pública y la entrega del objeto del contrato con pérdida de lo edificado y sin derecho a indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. Prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

7. *Cláusula penal. Moderación de su cuantía por el Juez.*—Lo que el juzgador de instancia hace no es establecer, como se sostiene en el recurso, la existencia de un defectuoso cumplimiento de la obligación de pago que incumbía al dueño de la obra y derivar de tal morosidad la atenuación de la cláusula penal concertada para sancionar la demora en la entrega de la misma por el constructor, sino la realización por éste, como fruto de acuerdos posteriores a aquel de 28 de marzo de 1973, de obras que no estaban en el proyecto ni fueron objeto de contratación en el convenio en que se estableció la cláusula penal, incremento de obra al que, implícitamente, atribuye el juzgador, en parte, el retraso habido, como revela su expresión de que aunque no por ello esté totalmente justificada la tardanza, ha de servir, al menos, para paliar las consecuencias penales, sentando así unas premisas y conclusiones que, ante la obligación de entrega de la cosa, irregularmente cumplida, por el contratista, justifican, ampliamente, el uso hecho por la Sala de instancia del artículo 1.154 del Código civil, moderando, a su amparo, equitativamente, la multa penitencial convenida en el ejercicio por el Tribunal de un cometido discrecional irrevisable en casación, según reiterada doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 20 de abril de 1983; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un conjunto de viviendas, estipulándose una cláusula penal por retraso en la terminación y entrega de las viviendas. El constructor exigió al comitente el pago del precio convenido, a lo que se opuso éste alegando el notable retraso en la terminación y entrega de las viviendas, por lo que había de tenerse en cuenta la cláusula penal estipulada.

El Juez de Primera Instancia hizo aplicación del artículo 1.154 del Código civil, moderando equitativamente la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula penal. La Audiencia Territorial se limitó a rebajar escasamente el importe de la cantidad fijada. No prospera el recurso de casación.

NOTA: En esta sentencia estamos ante un supuesto de retraso en la entrega de la obra, que no está totalmente justificado, como dice el Tribunal Supremo. Ciertamente, esta precisión es importante, ya que si lo estuviera difícilmente podría aplicarse la cláusula penal, pues como dice la sentencia

del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1983 (la anotamos en este fascículo del ANUARIO), la penalización convencional requiere un retraso culpable. A nuestro juicio, de los artículos 1.152 y 1.105 del Código civil se infiere que si el cumplimiento defectuoso o irregular se debe a caso fortuito o fuerza mayor, no adquiere efectividad la cláusula penal, salvo que se haya estipulado que también en estos casos sea exigible.

Parece claro que el retraso en la entrega de la obra implica que una de las obligaciones principales del contratista ha sido irregularmente cumplida y por consiguiente es factible la aplicación del artículo 1.154 del Código civil, que señala que el juez puede modificar equitativamente la pena cuando una obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. No existe, desde luego, un incumplimiento total que, según se infiere del propio tenor de este precepto, impide la aplicación del mismo.

En esta sentencia el juicio de equidad que justifica la reducción de la pena convencional es explicado por el Tribunal Supremo, al decir que el incremento de la obra ha sido determinante del retraso, aunque no lo justifique totalmente. Además se destaca que la moderación del juez es irrevisible en casación, lo cual tiene su apoyo en una consolidada doctrina jurisprudencial, de la que son muestra la sentencia de 30 de marzo de 1983, que anotamos también en este fascículo del ANUARIO y 11 de mayo de 1982, anotada en este ANUARIO (1983, II, p. 627). En esta última se da una explicación para justificar el carácter irrevisible en casación del arbitrio judicial a que se refiere el artículo 1.154 del Código civil: entraña el ejercicio de una facultad moderadora entregada a la soberanía del Tribunal de Instancia que, por referirse a un juicio de equidad, no es revisable en casación. En la Sentencia de 30 de junio de 1981, también anotada en este ANUARIO (1983, II, p. 626), se precisa que afirmar que la modificación se hará de manera equitativa implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales.

(A. C. S.)

8. *Causa del reconocimiento de deuda.*—No es defendible en nuestro ordenamiento positivo la tesis que atribuye valor constitutivo al reconocimiento de deuda, con independencia de que la causa exista o no, fundándose en la atribución de carácter abstracto al negocio.

Presunción de la causa del reconocimiento de deuda.—Al reconocimiento de deuda carente de causa le es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.277 del C. c., que establece una mera abstracción procesal, no material, de la causa, cuyo efecto consiste en la inversión de la carga de la prueba. (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1983; ha lugar.)

NOTA: El problema principal con que se enfrenta el Tribunal Supremo es el de los efectos jurídicos de un reconocimiento de deuda sin expresión de causa, pues mientras el Tribunal de Instancia desestima la demanda en que se reclama la deuda, la Audiencia Territorial estima al considerar que «quien suscribe un documento de reconocimiento de deuda, como negocio abstracto que es, crea con ello una obligación independiente de la deuda reconocida». Esta postura es entre nosotros minoritaria por cuanto hoy la mayoría de la doctrina y jurisprudencia coincide en que nuestro ordenamiento positivo no admite los negocios abstractos, en contraposición a lo que sucede en otros ordenamientos (por ejemplo, el alemán). Nuestro artículo 1.261. 3.º C. c. exige para la existencia de contrato «la causa de la obligación que se establezca» y así, acertadamente, lo destaca el T. S.

Ni siquiera es posible invocar la autonomía de la voluntad para eludir la exigencia de causa, ya que aquélla, según el artículo 1.255 C. c. se halla sometida a límites, entre los cuales hay que destacar el que impone la Ley de que el negocio tenga causa.

Tampoco se puede llegar al efecto práctico de la abstracción a través de las reglas que rigen la prueba, más concretamente, a través del funcionamiento de la confesión extrajudicial. Si atendemos al artículo 1239 C. c., la confesión realizada fuera del proceso no puede hacerse valer en él como confesión judicial, por lo cual, no podrá decirse que el reconocimiento de deuda hace prueba plena frente a su autor (Ver CASTRO, *El negocio jurídico*, 1971, página 302).

La decisión de la Audiencia, a juicio del T. S., supone una errónea interpretación del artículo 1.277 C. c., al asimilar la figura del negocio abstracto a la mera abstracción procesal que dicho artículo contempla. La aludida abstracción procesal, como dice el T. S., tiene como único efecto una inversión de la carga de la prueba. (S. B.)

9. *Principio de congruencia.*—Este principio, prohibitorio de toda resolución extra petita, no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, y por ello guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, le está permitido al organismo jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada.

Relación aparente.—La simple apariencia, carente de verdadero contenido obligacional, no puede dar vida a un inexistente juego de prestaciones correspondientes, ni aunque la forma documental sea solemne.

La causa en el contrato.—En nuestro ordenamiento positivo no cabe prescindir de lo imperativamente ordenado en los artículos 1.261,3 y 1.275 del CC., en cuanto proclaman la necesidad de la causa para la existencia del contrato, con la obligada consecuencia de que su falta será determinante de ineficacia negocial, una vez destruida por cualquier medio de prueba la presunción que el artículo 1.277 recoge. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1983; no ha lugar.)

10. *Interpretación de los contratos.*—En materia de hermenéutica de los actos jurídicos contractuales, la doctrina jurisprudencial de esta sala tiene establecido con carácter general que la interpretación dada por el juzgador tiene que prevalecer sobre la particular e interesada de quien recurre, a menos que se demuestre que aquella es ilógica, contradictoria o contravine algún precepto legal.

Arras.—La existencia de las arras y, consiguientemente, la pretensión resolutiva de una compraventa que pueda deducirse de la mediación de arras o señal, tiene que constar de manera clara y evidente, de manera que revele

la intención de los contratantes de poder desligarse de la convicción por medio resolutorio, pues en otro caso lo entregado ha de reputarse mero anticipo del precio (sentencias de 24-11-1926, 11-10-1927, 16-1-1936, 5-6-1945, 22-10-1948, 20-10-1956, 1-4-1958, 8-2-1966, 20-5-1967 y 16-12-1970).

Cláusula penal.—La cláusula penal a la que se refiere el inciso 1.º del artículo 1.153 del C. c., es un pacto accesorio cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la obligación convenida, sustituyendo en la previsión de las partes, a la indemnización de daños y perjuicios si se produce el incumplimiento, constituyendo una excepción al régimen normal de las obligaciones, por lo que las dudas respecto de su existencia y alcance han de ser interpretadas con carácter restrictivo, como se proclamó en las sentencias de 14-1-1927, 30-1-1932, 17-5-1934, 8-1-1945, 5-3 y 3-5-1956, 16-2-1957, 28-2-1958, 7-12-1959, 27-9-1961, 13-10 y 11-11-1966 y 10-6-1969. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

11. *Incumplimiento contractual.*—En aras del principio de conservación de los contratos no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la resolución del vínculo obligacional, exigiéndose que la infidelidad a lo pactado afecte a obligaciones principales y no simplemente a las accesorias o secundarias, y que además se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1983; ha lugar.)

12. *Obligación de indemnizar daños y perjuicios.*—Según tiene reiteradamente declarado este Tribunal, la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuya a uno de los contratantes, sino que para que nazca y sea exigible, es preciso que se demuestre o reconozca la realidad de haberse producido aquéllos, correspondiendo esa apreciación al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse de supuestos tan sólo posibles. (Sentencia de 6 de julio de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato para el montaje e instalación del servicio de calefacción en un buque. Concluidas las obras de montaje, el comitente se negó a aceptarlas y efectuar el pago de la cantidad convenida. Por este motivo el constructor le demandó. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

13. *Gastos pactados para pago de deuda. Falta de diligencia. Daños y perjuicios.*—La impugnación que se lleva a cabo no se refiere a la deuda principal mencionada, que la recurrente reconoce como cierta, en cuanto ciertos fueron los suministros de mercancía a que obedece, sino a la cantidad de dieciocho mil seiscientos cuarenta y una pesetas, a cuyo pago también le condena, que constituye el importe de los gastos de expedición y devolución de las cambiales libradas, según lo que se convino, para saldar lo debido y a las que no se atendió; gastos motivados por una conducta a todas luces con-

traría a la diligencia a que se refiere el precepto invocado (art. 1.104 C. c.), que incide en la contravención del tenor de la obligación del artículo 1.101, así como en la norma del párrafo segundo del 1.107, ambos del Código civil, habida cuenta la consciente, directa e injustificada negativa del deudor que recurre en este trámite, causante de unos daños y perjuicios que conocidamente derivan de la falta de cumplimiento de la obligación. Sentencia de 15 de julio de 1983; no ha lugar.)

14. *Resolución por incumplimiento. Entrega de mercancía distinta de la pactada.*—Obligado el vendedor a entregar pienso para terneros de cría y suministrando para recría-cebo, de distinta clase y destino que el encargado, se produce la violación denunciada del artículo 1.124, al darse incumplimiento por el vendedor de lo que venía obligado; y sin que a ello quepa objetar que la prestación adolece de vicio o defecto, que pudiera dar lugar a otra clase de acciones que no sea la resolutoria, por la indicada razón de que se está en presencia, no de prestación pactada con vicio o defecto, sino de prestación de distinta calidad de lo pactado.

Violación del artículo 1.258 del Código civil. Inadecuada información en las etiquetas.—Reconocido en la sentencia recurrida que el pienso suministrado fue para terneros de cría-cebo, inadecuado para los de cría, la Sala sentenciadora de instancia no ha dado cumplimiento a lo expresamente pactado, por alteración del «aliud», lo que genera violación del artículo 1.258 del Código civil, que impone, una vez perfeccionado el contrato por el mero consentimiento, el dar cumplimiento a lo expresamente pactado, así como a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Buena fe y confianza del comprador.—Al haber sido encargado el pienso con destino a reses de cría, la buena fe y el uso imponía que debería facilitarse de tal clase y no de otra y que, lógica y normalmente, el comprador debía entender que se acomodaba a la clase y destino para el que había sido solicitado, de tal manera que al no expresar la etiqueta otra clave y destino había de entender que lo era conforme a lo pactado.

Congruencia.—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, la incongruencia hay que entenderla referida y puesta en relación con los suplicos de los escritos rectores del proceso con el fallo o parte dispositiva de la sentencia de que se trata y no con sus razonamientos.

Confesión.—Si bien, por modo general, la prueba de confesión no es eficiente para viabilizar recurso de casación, no obstante si lo es cuando, como en el presente caso ocurre, se ha producido omisión del resultado de tal medio probatorio por el juzgador de instancia en la enumeración de los medios de prueba tenidos en cuenta en el fallo, sin apreciación de prueba en conjunto.

Error de derecho.—La sentencia recurrida incide en error de derecho denunciado como base del motivo ahora examinado, dado que con las afirmaciones en contrario establecidas por la Sala sentenciadora de instancia, sin

apoyo en concreta prueba, sino por mera apreciación genérica, se produce la violación de los invocados artículos 1.232 y 1.228 del Código civil, previsores, respectivamente, de que la confesión hace prueba contra su autor y que los papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad. (Sentencia de 13 de junio de 1983; ha lugar.)

HECHOS: En virtud del contrato de compraventa celebrado, el actor entregó al demandado determinados kilos de pienso, que éste se negó a pagar. El Juez de Primera Instancia, desestimando en parte la demanda y totalmente la reconvencción, condenó al demandado a pagar al actor una determinada suma de dinero como resarcimiento de daños y perjuicios. La Audiencia Territorial se limitó a reducir escasamente esa suma. Prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador demandado, considerándose procedente la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento.

NOTA: Parece correcta la solución de esta sentencia, aunque admitamos una concepción expansiva de las acciones edilicias, cuya virtualidad ha evidenciado Morales Moreno al examinar el arduo problema de la relación entre los vicios redhibitorios y la ausencia de cualidades (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 650-661). No parece, en rigor, que pueda afirmarse que, en el supuesto de la sentencia que anotamos, se esté ante un vicio redhibitorio. Más bien parece que, como apunta el Tribunal Supremo, estamos ante un típico incumplimiento por el comprador de aquello a lo que venía obligado, que justifica la aplicación del artículo 1.124 del Código civil.

De gran interés es la alusión a la inadecuada información en las etiquetas que llevaban los paquetes de pienso. Es indudable que los que intervienen en el contrato están obligados a suministrar una adecuada información sobre el objeto y demás circunstancias del contrato. Aunque ello no se haya pactado expresamente, la buena fe y los usos, a los que se alude en esta sentencia, lo imponen por el cauce del artículo 1.258 del Código civil. Este deber de información no pesa sólo sobre el deudor, sino también sobre el acreedor y se proyecta tanto en el momento de la conclusión del contrato como en el de la ejecución de lo convenido. Serán la buena fe y los usos los que determinen la medida en que haya de ser impuesto aquél.

(A. C. S.)

15. *Resolución de contratos.*—La resolución de los contratos sólo procede cuando se ha patentizado por el contratante acusado de incumplir una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo convenido.

Legitimados para ejercitar la acción de resolución.—La acción resolutoria sólo corresponde al perjudicado que cumplió lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de las obligaciones del contrario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1982; ha lugar.)

16. *Resolución por incumplimiento en la compraventa.*—Los artículos 1.504 y 1.124 del C.C. se complementan, pues la norma general que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas del 1.124, hace aplicación de modo específico en el 1.504, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo cual significa que para la prosperabili-

dad de la acción del 1.504 habrán de concurrir los requisitos que la doctrina jurisprudencial consideró indispensable para el ejercicio la del 1.124, fundamentalmente, el cumplimiento de sus obligaciones por quien la ejercita y el incumplimiento por parte de aquel contra el que se dirige, pero no un simple incumplimiento unilateral apreciado, sino mediante una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que evidentemente excluye el supuesto en que no se cumplió por existir una imposibilidad física o jurídica para hacerlo, que sólo los tribunales de justicia podrán estar en condiciones de apreciar, lo que siempre se hizo con criterio restrictivo, tratando de evitar las resoluciones contractuales en las que aquellas exigencias no constan de manera indubitada y por supuesto excluyéndola en los casos en que pudiese haber duda fundada al respecto.

Resolución por vía presuntiva.—Esta resolución se da cuando de determinadas actitudes o actos no puede directamente resultar la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, que sólo puede ser la consecuencia de una apreciación presuntiva deducida de aquello, pero eso sí, obtenida de unos hechos con los que tenga un enlace preciso y directo de acuerdo con un criterio humano. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1983; ha lugar.)

17. *Resolución del contrato de compraventa de inmuebles. Artículo 1.504 C.C.*—Esta Sala tiene declarado que el artículo 1.504 constituye una especialidad del supuesto que contempla el 1.124 del mismo Cuerpo legal, a cuyo tenor la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las rúplicas (Sentencias de 22 de diciembre de 1978, 5 de noviembre de 1979, 19 de mayo de 1980 y 1 y 8 de noviembre de 1982). El requerimiento a que alude el citado artículo 1.504 del indicado texto legal, como establece entre otras la sentencia de 23 de mayo de 1981, no es en realidad otra cosa que la forma de manifestar fehacientemente el vendedor su voluntad resolutoria del contrato por impago del precio, al objeto de que el comprador quede enterado de ello.

Obligación de pagar el precio.—Como ha declarado esta Sala en resolución de 8 de noviembre de 1982,, la obligación que tiene el comprador de satisfacer el precio de la cosa vendida es tan esencial en la compraventa, que una vez recibida la cosa no existe otra posibilidad jurídica de suspender el pago del precio que la contemplada en el artículo 1.502, supuesto éste que no es el aquí contemplado. El tema del incumplimiento en cuanto conectado con la alegada interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil, ha de efectuarse por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley adjetiva, lo que no se ha efectuado en el presente curso. (Sentencia de 5 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Se celebró un contrato de compraventa de un piso con precio aplazado, pactándose que la falta de pago por la compradora era motivo suficiente para la resolución del contrato con pérdida de las cantidades entregadas. El comprador no atendió al pago de una letra, por lo que el vendedor

dio por resuelto el contrato, lo que fue notificado al comprador a través de requerimiento notarial. Posteriormente, interpuso demanda solicitando la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron procedente la resolución demandada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA: En esta sentencia se tiene en cuenta la constante doctrina jurisprudencial sobre el significado del artículo 1.504 del Código civil, a la que ya nos hemos referido en las anotaciones a las sentencias de 10 de abril de 1981 (en este ANUARIO, 1982, I, pp. 258 y 259), 23 de mayo de 1981 (en este ANUARIO, 1982, II, p. 537), 1 de marzo de 1982 (en este ANUARIO, 1983, I, pp. 317 y 318), 29 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 637 y 638) y 3 de diciembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 639 y 640). (A. C. S.)

18. *Opciones de compra recíprocas. Improcedencia del ejercicio aislado de uno de ellas.*—Siendo patente la existencia de un convenio, no aportado a los autos por razones fiscales, en el que los interesados puntualizaron el alcance y condicionamiento de las opciones de compra concedidas entre ellos, no puede accederse al ejercicio aislado de una de ellas por falta de prueba del elemento constitutivo del derecho puesto en juego. (Sentencia de 7 de marzo de 1983; no ha lugar.)

Se trataba de opciones de compra de acciones de S. A. que las partes se habían otorgado recíprocamente y que una de las partes trata de ejercitar unilateralmente sin acceder a la que también ejercita, en tiempo y forma, la contraria. El documento básico no se aporta a los autos, pero la reciprocidad se demuestra por cartas posteriores cruzadas entre las partes.

19. *Congruencia. Significado.*—Para que una resolución judicial respete el principio de congruencia basta la fundamental concordancia entre lo resuelto y el conflicto planteado, de modo que el juzgador no precisa efectuar el examen singularizado de los diversos argumentos opuestos por la parte demandada en tanto no tengan la significación de excepciones u objeciones básicas de la defensa.

Retracto arrendaticio. Requisitos para su ejercicio.—Pretender que el arrendatario presente una cumplida justificación de su título, como presupuesto inexcusable para la admisión de la demanda de retracto no se acomoda a la letra de las normas, ni dejaría de estar en pugna con los preceptos de la legislación especial sobre libertad de forma en estos contratos.

Ley de Arrendamientos Rústicos. Irretroactividad de su aplicación.—Tanto el principio general de irretroactividad, como la regla que precede a las transitorias del Código civil, demuestran el respeto que merecen las situaciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de la legislación anterior, y está claro que la disposición final derogatoria de la Ley de 31-junio 1980 no determina

la aplicación de su normas, excluyendo las del ordenamiento derogado, a un pleito iniciado y resuelto en primera intención durante la vigencia de la Ley de 15 marzo 1935 y el Reglamento de 29 abril 1959.

Juicio de retracto y proceso declarativo ulterior. Relaciones entre ambos.— Los juicios sobre retracto arrendaticio tienen un ámbito determinado por su objeto y en ellos no cabe hacer declaraciones sobre un error invalidante por ocultación de arrendamiento, ni sobre el derecho de resolución que asiste al comprador por pretendido incumplimiento de los vendedores, cuestiones a ventilar en un proceso de mayor cuantía, donde figuren como parte los vendedores. La pendencia de este último proceso ordinario no puede valorarse como una excepción perentoria impeditiva de una resolución de fondo sobre la viabilidad del retracto.

Imposición de costas. Apreciación de temeridad.— La apreciación de la existencia de temeridad en los litigantes no viene sometida a preceptos específicos o de doctrina legal, sino que está confiada al discrecional y prudente arbitrio del Juzgador de instancia, no susceptible de ser impugnado en casación. (Sentencia de 21 de marzo de 1983; no ha lugar.)

NOTA: Aunque la relación con la materia tratada en esta Sentencia sea limitada, conviene recordar que la retroactividad de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 fue examinada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 8/82, de 4 de marzo (comentada en este Anuario, XXXVI-I, 1983, páginas 257 y siguientes). Dicha sentencia se refería, concretamente, a la disposición transitoria de la nueva Ley, pero contiene formulaciones generales sobre el derecho transitorio, la configuración de la propiedad agraria y el régimen especial de los cultivadores personales.

(P. E. A.)

20. *Contrato de obra. Recepción de la obra sin protesta.*— Debe entenderse que la aceptación de la obra encargada, sin manifestación de disconformidad con ella, implica, en principio, el reconocimiento de que ha sido practicada a satisfacción, lo que, a su vez, origina la obligatoriedad en el comitente de proceder al pago del precio, sin perjuicio de las reclamaciones que, en su día, pueda dirigir contra el contratista por los efectos y vicios que surgieron en la obra entregada y aceptada.

Letra de cambio. Provisión de fondos. Cuestión de hecho.— Que es doctrina reiterada de esta Sala que la provisión de fondos a la persona a cuyo cargo se gire una letra de cambio, obligación primera y fundamental que al librador de la misma impone el artículo 456 del Código de Comercio, implica, a los efectos de recurso de casación, una mera cuestión de hecho. (Sentencia de 8 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: A pesar de haber recibido sin protesta el inmueble construido, la entidad comitente se negó a pagar al constructor el importe de una letra de cambio, que constituía el precio del contrato de obra. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, confirmando la dictada por el Juez de Primera Instancia, se condenó a la entidad comitente al abono de la cantidad solicitada. No prospera el recurso de casación.

NOTA: De igual manera que la sentencia de 25 de febrero de 1983, que anotamos en este ANUARIO (año 1983, III, pp. 1026 a 1029), la que ahora reseñamos tiene un notable interés para comprender el significado de la recepción de la obra, que con razón Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1983, p. 466) conceptúan como una fase importantísima del contrato de obra. La aceptación de la obra construida es lo que explica el sentido de la recepción, pues como bien dijo el Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 14 de octubre de 1968 la recepción viene constituida por el acto o la manifestación del propietario reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente. Este planteamiento aparece con toda claridad en la sentencia que anotamos, ya que en ella se alude a la entrega y recepción de la obra ejecutada por el constructor, una vez aceptada la obra ejecutada por el comitente sin protesta alguna por la existencia de defectos.

Nuestro Tribunal Supremo, con acierto, conecta la recepción de la obra sin protesta alguna por la existencia de defectos con la obligación de pago del precio pactado por el comitente. En el estudio *«La recepción de la obra»*, publicado en este ANUARIO (año 1978, III, pp. 287 ss.), puse de relieve que el pago del precio convenido es una de las consecuencias fundamentales que derivan de la recepción definitiva de la obra. El artículo 1.599 del Código civil, establece que, en defecto de pacto o costumbre, el precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega. Sin embargo, el artículo 1.592, que se refiere a las obras por piezas o por medida, dispone que se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. Parece que no basta la materialidad de la entrega, sino que la obra sea recibida por el comitente al ser conforme con la que fue proyectada.

Nuestro Tribunal Supremo llama la atención sobre el hecho de que el comitente no haya formulado protesta alguna por la existencia de defectos en la obra entregada y recibida, y por tanto haya surgido la correlativa obligación de abonar el precio pactado. La correlación entre la obligación del pago del precio pactado y la recepción de la obra construida, sin protesta, que afirma el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, se explica, como hemos apuntado en el estudio citado (Op. cit., p. 309), porque el contrato de obra genera una auténtica relación sinalagmática, cabiendo la posibilidad de alegar la excepción de incumplimiento contractual.

Finalmente, en la sentencia que anotamos se dice, con acierto, que el pago del precio por el comitente no impide que surja la obligación que incumbe al contratista de responder por los vicios e irregularidades que, con posterioridad a la entrega, hayan sido constatados, siempre y cuando fuesen objeto en tiempo y forma de la correspondiente reclamación judicial. Una tesis semejante defendí en el estudio citado (Op. cit., pp. 302 ss.) y en comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 204 ss), al exponer las consecuencias que derivan de la existencia de vicios ocultos determinantes o no de la ruina de la obra inmobiliaria.

(A. C. S.)

21. *Contrato de obra. Desistimiento unilateral del comitente. Aplicación del artículo 1.594 del Código civil.*—La aplicabilidad al supuesto controvertido del artículo 1.594 del Código civil era consecuencia obligada, con las secuelas que su aplicación supone, pues como ya esta Sala dijo, en sus sentencias de 24 de enero de 1970, 15 de diciembre de 1981 y 7 de octubre de 1982, la facultad de desistir que al dueño de la obra otorga el mentado artículo 1.256 del propio Código, es unánime en la determinación de sus efectos, no dependiendo de que concurran o no los presupuestos del artículo 1.124, por

ser preceptos con autonomía e independencia propias, operando el derecho indemnizatorio del contratista, que ha de quedar indemne, con independencia de los móviles que hayan determinado al propietario para desistir unilateralmente del contrato de obra, debiendo cuantificarse las cantidades e indemnizar a través de la oportuna prueba pericial, determinante de las obras realizadas y de su real importe, al margen del condicionado del contrato de ejecución de obra. (Sentencia de 5 de mayo de 1983, no ha lugar.)

HECHOS: El comitente suspendió unilateralmente la continuación de la obra inmobiliaria en virtud de requerimiento notarial. El Juez de Primera Instancia, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo, consideran procedente la aplicación del artículo 1.594 del Código civil.

NOTA: En esta Sentencia se sigue el criterio mantenido por otras precedentes sobre el problema del desistimiento unilateral del comitente en el marco del contrato de obra. Se señala el significado del artículo 1.594 del Código civil y su independencia respecto del 1.124. El criterio fundamental que se deduce del artículo 1.594 es el de la indemnidad del contratista en caso de desistimiento del comitente, tal como se afirma claramente en esta Sentencia y en otras precedentes que hemos anotado también en este ANUARIO (Sentencia de 15 de diciembre de 1981, en este ANUARIO, 1982, III, páginas 953 a 955; Sentencia de 7 de octubre de 1982, en este ANUARIO, 1983, II, pp. 648 y 649; Sentencia de 10 de marzo de 1979, en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 948 y 949).

(A. C. S.)

22. *Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Sistema de responsabilidad privativa.*—El artículo 1.591 distingue la doble hipótesis de ruina por vicios de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto, sin perjuicio, claro es, de que si el resultado dañoso se ha producido por la concurrencia de varias causas, unas imputables a la dirección y otras a la ejecución, la responsabilidad sea conjunta y solidaria.

Defecto en la alegación del motivo del recurso.—Esta normativa y doctrina legal conduce a la desestimación del presente recurso, pues al no haberse combatido por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 la afirmación de la sentencia recurrida relativa a que los vicios del edificio «... han sido ocasionados no por una mala o defectuosa dirección técnica ni por defectos en el proyecto, sino, al contrario, por defectuosa construcción...», no puede prosperar el único motivo del recurso que parte de la indivisibilidad de responsabilidades en el evento dañoso de la dirección técnica y de la ejecución material del proyecto. (Sentencia de 15 de julio de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: La sentencia del Juez de Primera Instancia estimó la demanda condenando solidariamente a los arquitectos y al promotor a realizar las obras necesarias para corregir los vicios existentes en el inmueble construido. Fue revocada parcialmente por la Audiencia Territorial, absolviendo a los arquitectos y condenando exclusivamente al promotor, que, en el único

motivo del recurso de casación, pretende que se mantenga el pronunciamiento de la sentencia del Juez de Primera Instancia. No prospera el recurso de casación.

NOTA: El Tribunal Supremo se basa en el artículo 1.591 del Código civil, que establece un claro sistema de responsabilidad privativa, el cual ha sido, como es lógico, tenido en cuenta en numerosas sentencias por nuestro alto Tribunal, siendo una de las últimas, la de 22 de noviembre de 1982, que hemos anotado en este ANUARIO (1983, II, pp. 651-653).

En la sentencia que anotamos se hace alusión a la posibilidad de que la responsabilidad de los profesionales que intervinieron en la obra sea solidaria, tal como se ha establecido en numerosas sentencias anotadas en este ANUARIO (las últimas, las de 6 de octubre de 1982, 22 de noviembre de 1982 y 9 de mayo de 1983, la cual anotamos en este fascículo), pero es una referencia puramente incidental, ya que para nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con lo afirmado por la Audiencia Territorial, sólo existe un responsable.

(A. C. S.)

23. *Defectos de construcción. Legitimación para ejercitar la correspondiente acción indemnizatoria.*—No obstante la reciente tendencia jurisprudencial orientada a admitir que el adquirente de un piso o local pueda postular directamente contra el constructor por defectos en la ejecución de la obra, dada la naturaleza de los derechos de índole puramente obligacional y lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código civil, el primero y fundamentalmente legitimado para formular estas reclamaciones es el comitente o dueño de la obra. A lo cual se añade en el caso el carácter de copropietario (propiedad horizontal de la entidad comitente).

Propiedad horizontal. Legitimación de los titulares según la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1966.—En el régimen de propiedad horizontal todos los que sean titulares de pisos o locales, bien en conjunto, o bien aisladamente —y aún existiendo presidente designado— podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo en relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los *elementos comunes*, ya que los daños en aquéllas o en éstos afectan a su derecho particular, que requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes, resultando, en su consecuencia, de lo razonado que la sentencia recurrida no infringió por inaplicación los artículos 348 y 609 del Código civil, al ser ajena su preceptiva al supuesto contemplado en el caso de la litis.

Legitimación activa de los titulares de pisos o locales.—La situación fáctica contempla en el caso de las presentes actuaciones, no es subsumible en la normativa contenida en los artículos 3 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, y además, siempre obstaría a la tesis sostenida por la parte recurrente (de requerirse el concurso de la Comunidad de Propietarios, a través de las actuaciones de su presidente, para accionar en relación a elementos comunes) el criterio mantenido por la ya citada Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1966.

Riesgo asumido por el contratista.—Respecto a la fachada, si bien es cierto que el proyectado y ejercitado revestimiento de la misma presentaba algún carácter de aleatoriedad dados los resultados de la técnica que a la sazón se empleaba, no lo es menos que la entidad recurrente asumió los riesgos que tal aleatoriedad comportaba, con perfecto conocimiento, dada su especial dedicación a la construcción, por lo que no es equitativo que la Cooperativa dueña de la obra, para quien lo proyectado y ejecutado había de responder a una eficiencia exigible en el plano de lo contratado, sufra las consecuencias de lo que no le era conocido trámite casacional, lo que impone la desestimación del motivo.

Aplicación de las normas que regulan las obligaciones contractuales. Inaplicación del artículo 1.591 del Código civil.—Dicha sentencia, como claramente razona, no tenía por qué hacer aplicación de la preceptiva contenida en el artículo referido y sí de las que regulan las obligaciones contractuales, como derivadas de un contrato de obra cuya virtualidad no se cuestiona, siendo, por ende, las normas legales donde se subsumen los hechos debatidos las contenidas en los artículos 1.091 y 1.258 y concordantes del citado cuerpo legal sustantivo. (Sentencia de 14 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Se cuestiona si una cooperativa, que había vendido determinados pisos y locales del edificio construido, podía dirigirse contra los técnicos y el constructor que lo habían construido defectuosamente para que la indemnizasen de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial acogió el recurso de apelación. El Tribunal Supremo confirma este fallo.

NOTA: Tiene razón nuestro Tribunal Supremo cuando destaca que la legitimación de los adquirentes de pisos y locales defectuosamente construidos para dirigirse contra el constructor y los técnicos, que admite la doctrina y la jurisprudencia, tal como hemos puesto de relieve en los comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (en este Anuario, 1978, III, pp. 677 ss.), 3 de octubre de 1979 (en este Anuario, 1980, I, pp. 194 ss.), 20 de febrero de 1981 (en este Anuario, 1981, IV, pp. 1102-1104), 21 de diciembre de 1981 (en este Anuario, 1982, III, pp. 959-960) y 30 de abril de 1982 (en este Anuario, 1982, III, pp. 957-959), no excluye necesariamente la de la cooperativa vendedora, que actúa como comitente respecto del constructor y los técnicos responsables, a pesar de haber vendido la mayor parte de aquéllos. A nuestro juicio, en la medida en que la Cooperativa vendedora conserve un interés legítimo para dirigirse contra el constructor y los técnicos para que la indemnicen de los daños y perjuicios sufridos, cuya existencia ha de probar, no cabe duda que ha de estar legitimada activamente. Un caso muy claro en que se aprecia este interés lo expusimos en el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, ya que si el adquirente del piso o local interpone una acción contra el vendedor, alegando vicios ocultos, éste tiene acción de regreso frente al constructor o el técnico que ha edificado de manera defectuosa (Cfr., en este Anuario, 1978, III, p. 679); otro caso también evidente es el de la Sentencia que anotamos, pues como dice claramente el Tribunal Supremo la Cooperativa vendedora conservaba la propiedad de determinados pisos y locales, siendo lógico que, en cuanto copropietaria del edificio, pudiera reclamar la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

Parece muy razonable la posición del Tribunal Supremo cuando admite la legitimación de todos los que sean titulares de pisos y locales, entre los que se encontraba la Cooperativa vendedora, bien en conjunto, o bien aisladamente, y aún existiendo presidente designado, para ejercitar las acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado. Como dice acertadamente Peña Bernaldo de Quirós (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 251-252), la legitimación que la Ley concede al presidente (art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal) no es obstáculo para la aplicación de la doctrina de la comunidad ordinaria, según la cual cada condueño está por sí solo legitimado para la defensa de los elementos comunes. Esta es la posición constante del Tribunal Supremo, de la que es muestra la sentencia que anotamos y otras precedentes (Sentencias de 28 de abril de 1966, 23 de abril de 1970, 31 de mayo de 1972, 6 de noviembre y 30 de diciembre de 1975, 20 de febrero de 1981 y 30 de abril de 1982, habiendo anotado estas dos últimas en este ANUARIO, año 1981, IV, pp. 1102-1104; año 1982, III, pp. 957-959). Sin embargo, como puntualiza Peña Bernaldo de Quirós, en alguna sentencia se exige, para esta legitimación de cada comunero, que el presidente rehuse ejercitar la acción (por ejemplo, Sentencia de 30 de junio de 1975). Esta exigencia, a nuestro juicio, no tiene una clara justificación, dado que no se deduce del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, ni de precepto alguno de la misma, y no tiene además una fundamentación teleológica cierta, por lo que parece más acertada la doctrina jurisprudencial comúnmente aceptada.

Conviene remarcar que, sin duda alguna, el presidente de la Comunidad de propietarios podía haber formulado la correspondiente demanda judicial contra el constructor y los técnicos responsables en representación de la misma, como se ha afirmado expresamente, en supuestos semejantes al de la sentencia que anotamos, en las citadas Sentencias de 30 de abril de 1982 y en la de 21 de abril de 1981. Concretamente se dice: «Es obvio que, presidente para formular la correspondiente demanda judicial contra el acordado en Junta por la Comunidad de Propietarios actora autorizar a su constructor y demás responsables de aquellas deficiencias, ha de entenderse que aquél se halla legitimado activamente» (ADC, 1982, III, p. 957).

En la sentencia que anotamos parece que los vicios eran determinantes de la ruina de los pisos y locales (se habla de ruina de la fachada del edificio y de defectuosa impermeabilización de la cubierta), sobre todo si se sigue la interpretación amplia que nuestro Tribunal Supremo ha dado al término ruina que aparece en el artículo 1.591 del Código civil, que incluso admite la denominada «ruina funcional» (Sentencias de 11 de noviembre de 1982, anotada en este ANUARIO, 1983, II, pp. 653-655, 11 de enero de 1982, anotada también en este Anuario, 1982, III, pp. 947-948 y 21 de abril de 1981, anotada en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). Sin embargo, no se hace aplicación del citado precepto, sino de las normas generales que regulan las obligaciones contractuales. Conviene puntualizar, a fin de evitar equivocadas interpretaciones de la doctrina de la sentencia, que seguramente lo que el Tribunal Supremo pretende destacar es la posible compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal y de las generales de incumplimiento contractual, de tal manera que puede acudir a éstas en caso de presentar el inmueble construido vicios determinantes de su ruina. Para nuestro Tribunal Supremo, del contrato de obra derivan obligaciones contractuales, cuyo incumplimiento o defectuoso cumplimiento justifica la aplicación de los artículos 1.091 y 1.258 y concordantes del Código civil. Con suma claridad se ha afirmado esta solución en la Sentencia de 19 de febrero de 1970 (comentada por Cadarso en este Anuario, 1970, III, pp. 670 ss. Nuestro alto Tribunal consideró aplicable el artículo 1.124 del Código civil en un caso que encajaba perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 1.591 (ruina del edificio construido por vicio del suelo. A nuestro juicio, hay que partir de la base de que la existencia de una acción especial, como es la de la

responsabilidad decenal del artículo 1.591, de marcado carácter contractual, tal como expusimos en el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos* (en este Anuario, 1982, III, página 924), no ha de excluir necesariamente el ejercicio de una acción general de incumplimiento contractual, siempre que se cumplan los presupuestos legales para que ésta pueda ser interpuesta. Nótese además que, en la forma que nuestra jurisprudencia ha entendido el artículo 1.591, resulta más sencillo, en el ámbito probatorio, para el comitente invocar este precepto que acudir a las normas que configuran el régimen general de la responsabilidad contractual. En la anotación a la Sentencia de 11 de noviembre de 1982 (en este Anuario, 1983, II, pp. 653-655, señalamos que el artículo 1.591, párrafo 1.º, establece una responsabilidad en buena medida objetivada, teniendo que demostrar el comitente sólo la existencia del defecto de construcción en el inmueble, sin tener que probar, por tanto, que se debe a la conducta culpable del constructor o del técnico. Nuestro Tribunal Supremo afirma en la Sentencia de 14 de noviembre de 1978 (la comentamos en este Anuario, 1979, IV, pp. 949-953), que existe una presunción *iuris tantum* de culpa profesional en tal caso. Según Morales Moreno (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este Anuario, 1982, III, p. 681), si la ruina ocurre dentro de los diez años contemplados en el artículo 1.591 pone de manifiesto (por el efecto, sin demostrar la causa) la defectuosa fabricación. Ciertamente, creemos que la diferencia esencial del artículo 1.591 respecto de las normas generales que configuran la responsabilidad contractual estriba en la existencia en dicho precepto del plazo de garantía decenal, que justifica precisamente la mencionada presunción *iuris tantum* si la ruina se produce durante el mismo, lo cual, desde luego, difícilmente puede afirmarse cuando se invocan las normas generales de la responsabilidad contractual, como sucede en la sentencia que anotamos. Además, nuestra jurisprudencia ha configurado la responsabilidad decenal contemplada en el artículo 1.591 con carácter solidario, cuando no puede llevarse a cabo una individualización de las conductas dañosas, como mostramos en las anotaciones a las recientes Sentencias de 6 de octubre de 1982 (en este Anuario, 1983, II, pp. 649-651) y 22 de noviembre de 1982 (en este Anuario, 1983, II, pp. 651-653), que siguen esta orientación.

(A. C. S.)

24. *Presunción de culpabilidad del instalador.*—La alegada presunción de culpabilidad del instalador —manifestación de la teoría del riesgo y modalidad de la misma— desenvuelve sus efectos frente al fabricante, instalador e intermediarios, y en favor del adquirente o usuario, principalmente en la esfera extracontractual y con base en el artículo 1.902 y en los desarrollos jurisprudenciales del mismo, pero por el contrario no tiene clara aplicación en el plano de la responsabilidad contractual en que se inscribe el artículo 1.101, que es el invocado en el motivo y el aplicable a la que se originaría, en la tesis del recurso, de un contrato de arrendamiento de obra; dentro de la cual cobra importancia el haberse recibido la obra con expresa conformidad extensiva a los accesorios y al importe y aceptación de una letra de cambio para pago del precio de todo.

Solidaridad.—La jurisprudencia fue declarando que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma y bastando que la voluntad se manifieste, siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alum-

brarla y darla a conocer con claridad; pasando últimamente a prestar acogida a la concepción actual de la obligación solidaria, poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen no obstante unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrecta al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una mera casual identidad de fines o de prestaciones. (Sentencia de 7 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Un autobús, provisto de un turbo-compresor instalado por un técnico, se dirigía a Madrid cuando sufrió una avería que le impidió continuar viaje. El propietario del autobús demandó al instalador del turbo-compresor una determinada cantidad de dinero por los gastos ocasionados a consecuencia de la reparación del autobús y el importe de la sustitución del vehículo averiado por otro de tercero en la prestación de los servicios comprometidos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda porque la avería era más atribuible a un exceso de temperatura del motor que a un mal funcionamiento del turbo-compresor. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

25. *Contrato de obra. Cláusula penal. Modificación equitativa de la pena por el Juez.*—Además de que la penalización convencional requiere un retraso culpable, la reducción de sus efectos por los organismos jurisdiccionales de instancia no es revisable en casación y por lo tanto tampoco cuando la cláusula opera en un contrato de empresa (Sentencia de 18 de febrero de 1969).

Revisión de precios.—La Sala sentenciadora no desconoce la fuerza obligatoria del contrato que a las partes liga y si aplica la revisión de precios es por entender que las circunstancias del caso no consienten afirmar que el total retraso en el cumplimiento tenga su origen en causa de la que sea responsable la empresa constructora, sino que intervinieron otros factores coeficientes a ese resultado y no sujetos a su voluntad o diligencia. (Sentencia de 30 de marzo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Como consecuencia del retraso en la ejecución de la obra, el comitente demandó la resolución del contrato de obra y una indemnización muy elevada, en aplicación de la cláusula penal establecida en el contrato para caso de retraso en la ejecución de la obra.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda declarando no haber lugar a la resolución y condenando al constructor al pago de una cantidad sensiblemente inferior a la solicitada por el demandante, ya que el retraso no le era totalmente imputable y cabía la revisión de precios. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA: Se alude a dos cuestiones fundamentales que conviene mencionar de forma separada. A) *La cláusula penal.*—Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1983, que también afirma el carácter irrevisable en casación de la modificación equitativa de la pena convencional por el juez y que anotamos ampliamente en este fascículo del ANUARIO. B) *La revisión de precios en el contrato de obra.*—Tanto la revisión convencional de los precios en el contrato de obra, por no vulnerar las limitaciones a la autonomía privada del artículo 1.255 del Código civil, como la revisión a través de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido admitida por nuestro Tribunal Supremo en diversas sentencias que hemos anotado en este ANUARIO: Sentencias de 7 de noviembre de 1980 (año 1981, III, páginas 889 a 901), 27 de enero de 1981 (año 1981, IV, pp. 1101 y 1102) y 29 de junio de 1981 (año 1982, I, pp. 262 y 263). A nuestro juicio, los pactos de revisión de precios en el contrato de obra están plenamente justificados por la larga duración de la construcción de las obras inmobiliarias y el constante incremento de los costes de éstas, que hace, en la mayor parte de los casos, difícilmente previsible el coste real de la construcción. Los constructores saben a ciencia cierta que durante la construcción se producirá el aumento del costo de los materiales y de la mano de obra; lo imprevisible no será esto, sino la cuantía del citado aumento. El problema es tan cierto que la doctrina y la jurisprudencia, como hemos apuntado, han tenido que admitir la revisión del precio ajustado en el contrato de obra por el juego de la cláusula *rebus sic stantibus* o, como mejor criterio, de la teoría de la base del negocio, lo cual parece acertado siempre que se cumplan en cada caso concreto los requisitos necesarios para ello. (A. C. S.)

26. *Contrato de arrendamiento de obras y servicios. Aumento de obra.*—Cual tiene declarado esta Sala en relación con el artículo mil quinientos noventa y tres del Código civil, tales «aumentos de obra» por incremento del volumen de la construida —como aquí acontece— implican variación del contrato primitivo de «alcance novatorio simplemente modificativo» siempre que concurra el requisito de la autorización del comitente para tal innovación, consenso respecto del cual el artículo mil quinientos noventa y tres citado no impone haya de constar en forma determinada (SS. 31 marzo 1967, autorización verbal; 31 marzo 1971, documental, 7 diciembre 1959, 25 noviembre 1973, 28 febrero y 20 junio 1975, 3 marzo 1976 y 25 junio 1982, tática; y para todos los casos, la de 31 de marzo 1982), sino también, porque cual se ha puesto de relieve en el fundamento anterior, el referido consentimiento ha existido aquí, lo que hace imposible la violación negativa de dicho precepto alegada por la recurrente.

Impago. Indemnización de daños y perjuicios. Pérdida del valor adquisitivo de la moneda.—Siendo finalidad de toda obligación su cumplimiento, no haberlo hecho, hace surgir en las entidades demandadas como lógica a la vez que jurídica consecuencia (art. 1.101 C. c., concretamente cuando «de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla») el deber de resarcir pecuniariamente los daños y perjuicios que tal conducta haya originado al

acreedor, a fin de evitar tanto que éste resulte perjudicado, como que las demandadas puedan experimentar un enriquecimiento indebido con los beneficios producidos por las cantidades retenidas; a su vez, y a tales efectos ha de tenerse también en cuenta que el artículo mil ciento seis del Código civil distingue dos categorías de daños: el propiamente dicho o «damnum emergens», y el representado por la ganancia perdida o perjuicio «strictu sensu», que es precisamente el reconocido y declarado por el Tribunal en favor de la actora; por último, no puede tampoco olvidarse, como parece ser ha olvidado la recurrente, que la equiparación de la indemnización de daños y perjuicios a la satisfacción del «lucro cesante», que es precisamente lo realizado por la sentencia impugnada, además de ajustarse a la normativa legal, como queda acreditado, y estar admitida por la doctrina de esta Sala (SS. 6 julio 1927, 5 diciembre 1950, 28 abril 1955 y 6 mayo 1967, argumentalmente), constituye uno de los medios que la ley pone a disposición de los Tribunales para efectuar una interpretación de la normativa vigente que permita compatibilizar la aplicación del derecho y la realidad social, especialmente y para casos como el presente, en momentos de crisis económica que al provocar la pérdida de valor adquisitivo de la moneda hacen necesario corregir, en la medida de lo posible y con la debida cautela, el perjuicio que a los acreedores origina la conducta incumplidora de sus deudores, particularmente cuando se trata del retraso en el abono de numerario (S. 28 noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA: La cuestión principal debatida en este contrato de arrendamiento de obra, sobre si se produjo o no un consentimiento entre las partes acerca de ciertas innovaciones, o aumento de la misma, el tribunal la consideró probada suficientemente por una de las diversas modalidades que la doctrina legal ha admitido constantemente.

En cambio, lo que sí se hizo más polémico entre las partes fue la cuestión del resarcimiento de la suma de dicha innovación o aumento de la obra, mientras que la parte deudora pretendía tan sólo pagar la cantidad debida y, como máximo, un interés medio bancario por el retardo o mora acaecida, el acreedor reclama no sólo el precio de la obra realizada, sino también una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del impago que se mantuvo durante varios años, a pesar de que dicha obra había sido ya entregada desde entonces.

El Tribunal Supremo aclara con precisión que no es de recibo la aplicación del artículo 1.902 del C. c., puesto que no es posible asentar sobre dicho precepto la concesión de una indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra cuando quedó probado que la obra, cuyo pago es objeto de discusión, fue recibida sin que fuese satisfecho su importe; en cambio, sitúa a las partes dentro del ámbito del artículo 1.101 del C. c., concretamente en el supuesto general de su último párrafo, donde se sujeta a indemnización de daños y perjuicios a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones y sin incidir en esto, negligencia o morosidad, «de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla».

La diferencia para el Tribunal Supremo está en que, al no tener encaje el incumplimiento del deudor (las sociedades demandadas) en el marco de la mora, no entra en juego el principio de la liquidez establecido en el artículo 1.108 del Código civil, o sea, la equiparación de la indemnización de daños y perjuicios a los intereses (al no haberse pactado serían los legales). A juicio del alto Tribunal, el impago del importe de la obra sitúa a ambas

sociedades demandadas dentro del ámbito del artículo 1.101 del Código civil, concretamente, en el supuesto general de su último párrafo, es decir, la indemnización de daños y perjuicios a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones «de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla».

¿Cuál es, pues, la diferencia entre ambas indemnizaciones de daños y perjuicios? La diferencia está en que mientras la suma de indemnización considerada por el artículo 1.108 es una cantidad de dinero nominal, la indemnización de los daños y perjuicios del artículo 1.101 es no sólo la de la suma debida, sino, además, la de la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor ante el impago (art. 1.106), que es una deuda de valor. Resulta, pues, que la deuda de una suma de dinero sólo tiene como compensación, en caso de mora, el pago de los intereses legales (al no pactarse los voluntarios) o sea, el 4 por 100, más dos puntos, el 6 por 100, si son como consecuencia de ejecución procesal (art. 921 bis de la LEC); en cambio, lo debido como indemnización de daños y perjuicios por la contravención del tenor de las obligaciones contraídas (en el caso de autos el impago del «aumento de la obra») es no sólo la suma debida, sino, además, la satisfacción del valor del «lucro cesante». El enriquecimiento injusto se produce para quien recibe la obra que la deja de pagar durante años, y el perjuicio para el acreedor, al verse privado de su remuneración patrimonial y de las posibilidades de inversión que pudieran haberse realizado.

Dado que la indemnización de los daños y perjuicios es una deuda de valor y por tanto, no es nominal ni de una cuantía fija, sino que ha de ser calculable conforme a la realidad de los factores económicos presentes y actuales del momento del pago (es una «deuda final de dinero») (Cfr. mi estudio: *«Las deudas de dinero»*. Ed. Civitas. Madrid, 1981, pp. 313 ss.), no hubiera sido necesario invocar, como hace la sentencia en el caso de autos, la corrección del perjuicio que al acreedor origina la conducta incumplidora de sus deudores en función de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ya que no se trataba solamente «del retraso en el abono de numerario», sino, además, la indemnización de un valor que había sido dejado de obtener por dicho acreedor.

(J. B. C.)

27. *Contrato de edición. Dolo. Error en el editor.*—Para apreciar error invalidante del consentimiento «errantis nulla esse voluntas») se requiere que sea esencial y excusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien los padece (Sentencia 21 octubre 1932), así como que el error productor del vicio en el consentimiento ha de ser sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además inexcusable (Sentencia 16 diciembre 1943), esto es, que no se haya producido exclusivamente por culpa grave del que lo sufrió, o sea, por haber dejado de poner en la celebración del negocio la mínima diligencia exigible, y así no vicia el consentimiento el error que se hubiese podido evitar con una regular diligencia, y mucho menos es admisible el error cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio. (Sentencias 15 enero 1910 y junio 1943)) (Sentencia de 25 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS: El actor concertó con un editor un contrato para editar un libro, pactándose que la financiación sería a cargo del actor y que el editor devolvería la cantidad entregada posteriormente.

El actor reclamó al editor la citada cantidad, a lo que éste alegó que el pacto de devolución había sido logrado con dolo por el actor. El Juzgado estimó la demanda, La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

28. *Distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil.*—Una sociedad compuesta por varios hermanos y que se dedica a la explotación de una empresa de industrias cárnicas, entra en fase de disolución y liquidación. El extremo fundamental que se debate en la contienda judicial es el relativo a la naturaleza del vínculo asociativo que une a los hermanos. La Audiencia lo califica de sociedad colectiva irregular y contra dicha calificación interponen recurso de casación los recurrentes, pues a su juicio se trata de una «sociedad atípica de carácter civil» (*sic*). El T. S. confirma el pronunciamiento del juez de apelación «porque a la vista de (los) antecedentes probatorios se establece que, desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes, con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dadas las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo, que la doctrina científica mayoritariamente contempla, por llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala (...), determinando tal condición de irregular, a efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios (...), remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades, a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio». Pero además de este argumento el T. S. alega, *a fortiori*, este otro razonamiento, cuya consistencia ya nos parece más discutible: «porque la conclusión a la que los impugnantes pretenden llegar es, que al ser, según su criterio, una sociedad civil y no mercantil, la liquidación de la sociedad habría de practicarse, según el artículo mil setecientos ocho del Código civil, por las reglas de las herencias, y no por la de la comunidad de bienes, cuestión realmente bizantina, a la vista de lo normado en el artículo cuatrocientos seis del propio Código, que expresamente remite, para llevar a efecto la división de la comunidad, a las reglas concernientes a la división de la herencia, todo ello sin perjuicio de que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, las operaciones liquidatorias, habrán de ser verificadas siguiendo la normativa de la comunidad de bienes». (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1983; no ha lugar.)

29. *Sociedad irregular mercantil. Responsabilidad solidaria de los gestores.*—Estaba acreditado que los demandados recurrentes eran titulares-propietarios del negocio para el que adquirieron las mercancías cuyo valor se reclama, negocio que giraba bajo un nombre comercial, circunstancias éstas que permiten al Tribunal Supremo entender la existencia de una sociedad irregular, mercantil por su objeto, siendo solidaria la responsabilidad de los gestores —conforme al artículo 120 del Código de Comercio— por cuanto vienen contratando para la Compañía y actuando como tales en el tráfico

mercantil, y no puede desconocerse que a los efectos que se propugnan la significación del término «gestor» ha de ser entendida con amplitud, como indica la Sentencia de 6 de abril de 1961, que engloba en el concepto «a cuantos intervinieron por sí o por delegación, aunque sea verbal», conclusión que viene determinada por el principio de buena fe esencial en la contratación, y sobre todo a la Mercantil. (Sentencia de 30 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: La actora reclamaba a los demandados, padre e hijo, que giraban bajo un nombre comercial, diversas cantidades como consecuencia de varios suministros efectuados. El Juzgado de 1.ª Instancia estimó íntegramente la demanda, La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso..

30. *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Las normas adjetivas no implicadoras de norma de derecho material, según tiene declarado esta Sala en repetidas Sentencias (3-3-1935, 18-2-1941, 21-6-1946, 23-2-1961, 22-2-1964, 9-10-1965 y 12-2-1981), no son eficaces para fundamentar recurso de casación por infracción de ley.

Nombramiento de sustituto por el apoderado judicial.—El artículo 1.721 del C. c. confiere al mandatario y, por tanto, al apoderado judicial al que el mandato fue conferido, la posibilidad de nombramiento de sustituto cuando el mandante, y en consecuencia el poderdante judicial, no lo haya prohibido.

Alcance de la cesión de créditos.—Los artículos 1.212 del C. c. y 347 del C. de C. en manera alguna contienen reglas referentes a la apreciación de la prueba, sino simplemente referentes al alcance que con relación a terceros tiene la cesión de créditos, y no a la eficacia de la cesión.

Transferencia de créditos mercantiles nominativos.—El artículo 342,2 del C. de C., al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles nominativos se ponga en conocimiento del deudor, no establece que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, sino que tan sólo la manera de obligarle con el nuevo acuerdo, al solo efecto de que no se repite pago legítimo desde aquel acto al que se hiciera en favor del cedente, y es suficiente que la notificación se haga en el acto del emplazamiento en juicio al deudor, para que se repite cumplido el precepto del examinado artículo 347 del C. de C. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1983; no ha lugar.)

31. *Accidente de tráfico. Fallecimiento, seguro obligatorio y seguro voluntario. Intereses legales.*—La pretensión es estimada por el juzgador de primer grado en la parte relativa al seguro obligatorio, si bien se redujo a quinientas mil pesetas la referente al seguro voluntario (que impuso con el carácter solidario solicitado) por apreciar que hubo compensación de culpas con base a la velocidad del turismo y en que éste llevaba encendidas sólo las luces de cruce al producirse el accidente. A su vez, la Sentencia recurrida confirma parcialmente la anterior, revocándola en cuanto a la can-

tividad indemnizatoria, en concepto de seguro voluntario, que aumenta hasta setecientas mil pesetas, imponiendo, además, por imperativo del nuevo artículo novecientos veintiuno bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los intereses legales a partir de la fecha de la Sentencia de Primera instancia, en cuanto a la cantidad condenatoria de ésta y el resto a partir de la fecha de la decisión que ahora se recurre. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983; ha lugar.)

NOTA: Hay que destacar en esta Sentencia el punto concreto que se refiere a los intereses legales. El Código civil español, en el párrafo segundo, de su artículo 1.108, establece que «mientras no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 por 100 al año». La Ley de 2 de agosto de 1899 rebajó el interés legal a un 5 por 100 y la Ley de 7 de octubre de 1939 lo hizo en un punto menos, dejándolo en el 4 por 100.

A pesar de las constantes alteraciones monetarias que se vinieron sucediendo desde entonces, el interés legal del dinero tuvo su operatividad dentro de una alternancia de hecho en los mercados paralelos, o bien, porque se ha venido fijando por el Banco de España (un interés básico o de redescuento), que es actualmente el organismo superior de la política financiera estatal.

Sobre esta última base se produce una normativa muy sectorial en cuanto a la fijación de los tipos de interés: A) Una que afecta a las relaciones patrimoniales privadas (La Ley 77, de 22 de diciembre de 1980). B) Otra, que se refiere a las operaciones mercantiles en el mercado de dinero (Orden de 30 de diciembre de 1980). C) Por último, aquella que establece los tipos de interés aplicables a la financiación de operaciones de exportación computables (Orden de 12 de noviembre de 1981).

A) La normativa vigente, que afecta a las relaciones patrimoniales privadas, es la dispuesta por el artículo 1.108 del Código civil y su modificación por Ley de 7 de octubre de 1939, que estableció el interés legal del dinero en el 4 por 100. También se debe tomar en cuenta la Ley de 23 de julio de 1908. Por su parte, y para el ámbito judicial, la Ley 77, de 26 de diciembre de 1980, complementa el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuese dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España, incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio. Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria». (Sentencias de 22 de abril y 16 de julio de 1982.)

B) En cuanto a las operaciones mercantiles en el mercado de dinero, la normativa se restringe al ámbito de las sociedades mediadoras autorizadas por el Banco de España y al mercado interbancario. Así, la Orden de 30 de diciembre de 1980, liberaliza los tipos de interés para las operaciones que realicen dichas sociedades mediadoras en el mercado de dinero con los Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito. Desde esta liberalización los tipos de interés han pasado desde el 11 por 100 hasta superar el 20 por 100, según se trate de operaciones a muy corto plazo (día a día, a 7 días, a 30 días), a corto plazo (1 mes, 3 meses, 6 meses) o a largo plazo (cfr. García García, J. M., *El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas*, en RCDI, 560 (enero-febrero 1984), pp. 9 ss.).

C) Por último, en el ámbito de la financiación de operaciones con el exterior, el Banco de España, establece la Orden de 12 de noviembre de 1981, concretamente para regular los tipos de interés aplicables a la financiación de operaciones de exportación computables, que van desde el 8 por 100 (en cuanto a buques nuevos), pasando por el 10 por 100 (en general), el 10,5 por 100 (para créditos con pago aplazado), el 11 por 100 (para créditos con aplazado de 2 a 5 años) hasta el 11,25 por 100 (para créditos con plazo aplazado superior a 5 años).

(J. B. C.)

32. *Culpa extracontractual. Lesiones por maniobra inadecuada de tractor. Juicio de faltas sobreseído por indulto. Prescripción de la acción. Irrelevancia del retraso del Juzgado de Paz en el señalamiento del acto de conciliación.*—La prescripción argumentada, que en su día acogió el Juzgado de Primera Instancia, utiliza en su base discursiva un no demostrado tiempo de inactividad de la parte demandante, la cual, habiendo presentado la demanda dentro del plazo del año, fue requerida para la presentación del certificado del acto de conciliación de uno de los demandados, lo que cumplió con la presentación de la papeleta-demanda de conciliación ante el Juzgado de Paz competente, no siéndole imputable el retraso superior a un año en la celebración del acto conciliatorio, cuyo señalamiento no depende de la voluntad del demandante. (Sentencia de 7 de julio de 1983; no ha lugar.)

33. *Culpa extracontractual. Descarrilamiento ferroviario. Lesiones a peatón que transita por interior del recinto ferroviario. Concurrencia de culpas.*—Las lesiones sufridas por el recurrido se produjeron en ocasión de transitar por lugar inadecuado para peatones, como es el recinto ferroviario; pero tal circunstancia no constituyó la causa única determinante del accidente que ocasionó dichas lesiones, pues, independientemente de que no había un acotamiento suficiente y eficaz impeditivo del acceso a dicho recinto ferroviario, como acreditan las medidas precautorias posteriormente adoptadas, lo que suponía que, de hecho, el acceso al mismo fuese fácil y no poco común, el descarrilamiento motivador de las precitadas lesiones no consta hubiese sido debido a caso fortuito, con lo que se produce la situación de responsabilidad por riesgo, al menos como elemento causal concurrente con la culpa del lesionado, lo que repercute en la fijación del *quantum* indemnizatorio. (Sentencia de 20 de junio de 1983; no ha lugar.)

Se deduce de esta Sentencia que el tráfico ferroviario, aunque sea en los ferrocarriles de vía estrecha, es un sector de la vida social al que el T. S. aplica el criterio de la responsabilidad por riesgo, lo que, a la vista de la frecuencia de accidentes que en él se produce, debe juzgarse favorablemente. Lo único lamentable en este caso es la lentitud de la administración de justicia, pues el accidente ocurrió el 20 de marzo de 1975, obligando a la amputación de una pierna del lesionado, persona que se describe como de avanzada edad y que tomaba el sol en un apartadero. (G. G. C.)

34. *Responsabilidad civil derivada de delito y culpa extracontractual.*—La responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas o negligentes, son especies jurídicas

que aunque expresivas ambas de un mismo principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en la civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, siendo doctrina reiterada la que proclama que, fuera del supuesto previsto en el artículo 116, párrafo 1.º, L. e. crim., los Tribunales de lo civil tienen facultades, no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

Reserva de las acciones civiles en la sentencia penal.—Cuando la sentencia penal condenatoria reserva a los perjudicados la acción civil, están éstos facultados para ejercitarla en proceso de dicha naturaleza a efectos del resarcimiento frente al condenado en la sentencia penal, y frente a personas cuya conducta, si bien intrascendente penalmente, pudiera haber contribuido, a título de culpa civil, como concausa, a la producción del resultado dañoso.

Colisión de ciclomotor con automóvil con lesiones del acompañante de éste. Condena civil del conductor del automóvil absuelto penalmente.—La sentencia dictada en el juicio de faltas absolviendo al conductor del automóvil, y subsidiariamente al dueño de éste, no prejuzga la valoración de sus conductas en vía civil, y esta valoración revela falta de atención suficiente al no cerciorarse oportunamente de la posición y actuar de su oponente, y que si la marcha de su carruaje se hubiera atemperado a la prescrita de 50 kilómetros por hora, pudo, utilizando el freno, desde obviar la colisión hasta paliar sus consecuencias, lo que supone calificar tal conducta de culposa no penal.

(G. G. C.)

Concurrencia de culpas.—Los respectivos conductores de los vehículos, al haber realizado conductas que constituyen causas eficientes parciales y simultáneas de la producción del evento lesivo, actuaron como concausas en el acto ilícito culposo, lo que motiva una condena solidaria a la reparación. (Sentencia de 30 de mayo de 1983; no ha lugar.)

35. *Culpa extracontractual. Prescripción. «Dies a quo».*—La doctrina jurisprudencial tiene declarado que en las hipótesis de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año a los efectos de la prescripción extintiva, hay que atenerse al momento en que se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido a la vista del alta médica oportuna, pues sólo entonces se halla el interesado en condiciones de ejercitar, valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la adecuada indemnización.

Prohibición del planteamiento de cuestiones nuevas. No lo es la fijación del «dies a quo».—La prohibición del planteamiento de cuestiones nuevas ha de entenderse en el sentido de que sólo lo serán la presentación de aspec-

tos fácticos que alteren los hechos aducidos originariamente, así como la variación de los fundamentos legales determinantes de cambio en la *causa petendi*, pero en manera alguna la revisión del derecho aplicable al caso debatido, tarea en la que es libre el Tribunal de alzada con arreglo al principio *iura novit curia*, sin más limitaciones que las impuestas por la congruencia. (Sentencia de 8 de julio de 1983; ha lugar.)

Se trataba de un accidente de circulación producido al derrapar el vehículo por el mal estado de la calzada, lesionándose los ocupantes. En ambas instancias se desestima la reclamación de éstos por apreciar la prescripción. Prospera el recurso de casación por los dos motivos extractados, pero en la 2.ª sentencia se declara la ausencia de culpa del conductor, y sólo se condena a la indemnización del seguro obligatorio por no concurrir la «vis maiore» exculpatoria.

36. *Culpa extracontractual. Accidente de circulación por mal estado de la carretera. Caso fortuito.* Se entiende por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, son que en él intervenga como factor apreciable la actividad, dolosa o culposa, del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable (S. de 25 mayo 1965); en el presente se declara probado que el conductor pudo evitar la introducción de las ruedas en el bache, o dominar el vehículo, si el conductor implicado hubiese observado una conducta viaria más prudente, y no merecedora de la calificación de negligente que, implícitamente y de manera acertada, le imputa la resolución que se recurre, por lo cual no cabe aplicar el artículo 1.105 C. c. (Sentencia de 11 de mayo de 1983; no ha lugar.)

En el pavimento de la calzada existían baches o socavones de 40 cms. de profundidad y metro y medio de longitud, por lo cual el conductor del camión se desvió a su izquierda, colisionando con otro que circulaba en dirección contraria; se le acusa negligencia por circular de noche, lloviendo, en condiciones atmosféricas desfavorables, con reducida visibilidad por llevar luz de cruce, y a velocidad de 60 kilómetros por hora, por lo cual no advirtió el socavón indicado en el centro de la calzada; se declara que pudo evitar la introducción de las ruedas del lateral izquierdo en el mismo. ¿No debe ser responsable también la Administración de Carreteras? (G. G. C.).

37. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo al reparar máquina. Medidas de Seguridad insuficientes.*—Es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual se genera responsabilidad extracontractual cuando las medidas de seguridad adoptadas, aun siendo suficientes según la legislación administrativa, fueron insuficientes para impedir el resultado dañoso producido. (Sentencia de 6 de mayo de 1983; no ha lugar.)

(G. G. C.)

38. *Culpa extracontractual. Temeridad. Accidente de circulación con resultado de muerte.*—El automóvil conducido por un trabajador de la empresa, que lo hacía habitualmente a pesar de su categoría profesional de peón, era utilizado para el transporte de obreros hasta sus lugares de trabajo, y presentaba sus ruedas delanteras en pésimo aspecto, pues la izquierda tenía la lona al descubierto y la derecha carecía de dibujo en la totalidad de la banda de rodaje, acaeciendo el accidente por el reventón de la primera con el resultado luctuoso de la muerte del conductor y de un acompañante; el que el empresario hubiera ordenado el cambio de las ruedas, no elimina la notoria imprudencia que entraña hasta el grado de temeridad al disponer el desplazamiento de los trabajadores en un vehículo con dos ruedas insertables, vulnerando abiertamente el artículo 212, apartado c) del Código de la Circulación, siendo obvio que tan insólito deterioro de los neumáticos no se presentó súbitamente y sólo pudo llegarse a tales extremos por culpa manifiesta de los recurrentes.

Responsabilidad por el hecho de otro Dueño del vehículo.—La doctrina científica y la jurisprudencia no han dejado de señalar el aspecto objetivo de la responsabilidad por el hecho ajeno, habiéndose probado en autos que el propietario del turismo era conocedor de su estado y atendía a su conservación.

Prescripción. «Dies a quo».—Según doctrina legal, la iniciación del cómputo en el plazo prescriptivo de la acción cuando se trata de accidentes de circulación, ha de ser referida, no a la fecha de notificación del auto del Juez acordando el archivo de las diligencias previas penales, sino a la de la comunicación del auto ejecutivo conforme a la normativa del seguro obligatorio, o a partir de la firmeza de la resolución pronunciada en el procedimiento sumario.

Interrupción por presentación de la demanda de pobreza.—Son reiteradas las declaraciones jurisprudenciales en el sentido de valorar como causa interruptiva de la prescripción la presentación de la demanda de pobreza dentro del año de vigencia de la acción, ya que según el artículo 1.973 C. c. sólo se requiere a tal fin su ejercicio ante los Tribunales, que a todas luces va ínsito en la interposición del escrito postulando el beneficio de asistencia judicial gratuita si en ella se expresa la índole del pleito; efecto interruptivo que no deja de producirse por la falta de presentación de los documentos a que se refiere el artículo 28-5.º L. e. c., pues lo único que entonces sucede es que se abre un paréntesis entre la admisión y la puesta en marcha de la demanda; la interpretación así producida elimina categóricamente la presunción de abandono que constituye el fundamento subjetivo de la prescripción extintiva. (Sentencia de 27 de mayo de 1983; no ha lugar.)

39. *Culpa extracontractual. Invasión de finca por corrimiento de vertidos. Legitimación pasiva de la empresa encargada del transporte de estériles. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—Siendo facultad del perjudicado la de demandar a todos o algunos de los culpables causantes del daño, está

pasivamente legitimada la empresa que tiene contratado con Hunosa el transporte y vertido de los estériles que ésta necesita evacuar como consecuencia de la explotación de los pozos y lavadero que se mencionan, efectuándose tal evacuación en camiones propiedad de los demandados y en otros contratados por ello a tal efecto, empresa que no es ajena a la causación del daño de cuya reparación se trata en el juicio, no pudiendo prosperar la excepción de litisconsorcio.

Legitimación activa. Poseedor de la finca.—La situación posesoria de la demandante bastaba para reconocerle los frutos (art. 451 C. c.) de cualquier clase, máxime siendo los controvertidos industriales debidos a su trabajo como los de la cosecha pendiente al tiempo del siniestro, pues todos los frutos constituyen la contrapartida en favor del poseedor por haber asumido, con la gestión *iure proprio* de la cosa, los riesgos y responsabilidades consiguientes, siendo la indemnización litigiosa el sustitutivo de tales frutos, para cuya percepción basta la buena fe, que se presume.

Inversión de la carga de la prueba. Presunción «iuris tantum» de la culpabilidad.—La copiosa jurisprudencia de esta Sala, a partir de la Sentencia de 10 julio 1943 hasta la de 10 de mayo 1982, repetidamente ha dicho que para exonerarse de la obligación de reparar, el autor de los daños es quien, por inversión de la carga de la prueba, debe acreditar que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y con la diligencia precisa para evitarlos, lo que halla su fundamento en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro, que excusa hasta cierto punto el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa del agente se presume *iuris tantum*. (Sentencia de 17 de marzo de 1983; no ha lugar.)

4. Derechos reales

40. *Documentos auténticos.*—Sólo son documentos auténticos a los efectos de casación aquellos que por su procedencia, forma y contenido proclamen una realidad irrefutable que se halle en abierta y flagrante contradicción con la recogida como probada por la resolución judicial, de modo que en buena lógica y rigor jurídico no puedan subsistir ambas afirmaciones contrapuestas.

Apreciación conjunta de la prueba hecha por el Tribunal de Instancia.—No puede combatirse descomponiendo sus elementos y fundando la oposición o contradicción en el resultado aislado de alguno de ellos.

Doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad.—No puede prosperar el segundo motivo del recurso, porque en supuestos como el de la litis deja de actuar el principio hipotecario de presunción de exactitud del contenido del Registro en su doble manifestación de legitimación o presunción de exactitud «*iuris tantum*» mientras no se acredita la inexactitud registral (art. 38 de la Ley Hipotecaria y concordantes) y de fe pública registral o presunción «*iuris et de iure*» de exactitud o integridad en beneficio del ter-

ceros que adquiere a título oneroso confiado en dicho contenido registral (artículo 34 y concordantes), y deja de actuar porque si la presunción de exactitud se refiere al contenido de la hoja registral abierta a cada finca en la que se relaciona todo su historial jurídico, en la hipótesis de doble inmatriculación por desfiguración de linderos, por error, etc., las respectivas presunciones que emanan de los asientos contradictorios referidos a la misma finca quedan neutralizados al no poder el Registro garantizar la pertenencia del mismo derecho a favor de titulares distintos y, en tal supuesto, el problema, de imposible solución en el campo registral basado en una sola hoja para cada finca, se traslada al ámbito del Derecho civil, que lo resuelve aplicando el artículo 1.473 del Código civil y atribuyendo la propiedad al adquirente que antes haya inscrito su derecho en el Registro. (Sentencia de 12 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: En un supuesto de doble venta de un inmueble, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial resolvieron la cuestión planteada aplicando la normativa contenida en el artículo 1.473 del Código civil, es decir, dando preferencia a quien primero inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad, con los pronunciamientos consiguientes a dicha declaración de dominio respecto a las otras inscripciones practicadas y a lo construido de buena fe en el inmueble reivindicado. No prospera el recurso de casación.

41. *Usucapión. Naturaleza del bien. Posesión. Mala fe. Inversión de la posesión.*—Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la aplicación indebida de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.955 C. C., que se dice cometida al no haber sido aplicada la usucapión trienal regulada en esa norma, ya que hay que partir de la buena fe del poseedor recurrente; y ello, porque aun haciendo caso omiso de la improcedencia de descomponer la unidad funcional del establecimiento o negocio en la diversidad de sus componentes, prescindiendo de la naturaleza jurídica que conviene al conjunto, los objetos y elementos de la explotación tienen el carácter inmueble por destino conforme al número 5.º del artículo 334 C. C., sometidos al lapso prescriptivo que a tales bienes corresponde, y de otro lado es manifiesto que la inversión del concepto o título posesorio a los efectos de lo prevenido en el artículo 436 del propio Código no puede operarse por el mero *animus* o unilateral voluntad del tenedor, de donde se sigue que llevado el negocio por el recurrente y sus hermanos en explotación familiar, no cabe entender alterado el concepto de la posesión por parte de aquél hasta que por documento de 1974 afirma su titularidad dominical exclusiva y aparta a sus hermanos codemandados mediante el pago de cierta cantidad, comportamiento obviamente reñido con todo vestigio de buena fe a la vista de lo dispuesto en el artículo 433 C. C. (Sentencia de 13 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

42. *Prescripción ordinaria.*—La prescripción ordinaria del artículo 1.957 del C. c., requiere el reconocimiento del esencial e ineludible requisito del justo título.

Posesión en concepto de dueño.—Conforme a lo normado en el artículo 447 del C. c., sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio. La posesión a tal fin requiere no sólo el transcurso de treinta años sin interrupción, sino también que esa posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, y sí la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como propia, que no puede ser la simplemente tolerada (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

43. *Tercería de dominio.*—Siendo la tercería de dominio el cauce procesal idóneo arbitrado por el legislador para compatir el embargo indebido, liberando el bien injustamente trabado y sustrayéndolo a la ejecución, es manifiesto que efecto peculiar de la demanda habrá de ser la paralización del proceso en la fase de apremio en cuanto a la cosa objeto de la tercería, tal como ordena categóricamente el artículo 1.535 de la Ley Procesal, y por lo tanto tendrá que ser detenida la ejecución forzosa, de donde se desprende que la inobservancia de lo preceptivamente dispuesto en ese mandato normativo acerca de la suspensión de las actividades ejecutivas una vez presentada la demanda en tiempo hábil a tenor del artículo 1.533 de la citada ley, no puede significar, en manera alguna, la validez de un acto viciado por inexistencia del elemento objetivo de la licitud del embargo, y por tanto de la ejecución seguida, cual es la pertenencia afectiva al ejecutado del bien sujeto a traba y objeto de la tercería. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1983; ha lugar.)

44. *Tercería de dominio. Anotación de embargo por deudas fiscales.*—El piso embargado en cuatro procedimientos de apremio seguidos en la Recaudación de Tributos del Estado por débitos a la Hacienda, pertenece en propiedad a la demandante tercerista, titularidad que ostenta desde que se celebró el contrato de compraventa por su causante en 1966, con la subsiguiente toma efectiva de la posesión en 1968, fechas muy anteriores a los embargos causados y las respectivas anotaciones registrales, las cuales, de acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, no pueden producir efectos contra las adquisiciones jurídicas efectuadas con anterioridad sobre el inmueble de que se trata, aunque no hayan sido inscritas ni siquiera anotadas, como sucedió en este caso.

Cancelación de la anotación preventiva.—En el presente caso no fue la Autoridad judicial, sino la administrativa, la que ordenó hacer la anotación preventiva de embargo, y de acuerdo con el artículo 84 L. H. a ella corresponde dar la orden pertinente de cancelación. (Sentencia de 24 de marzo de 1983; no ha lugar.)

45. *Propiedad horizontal. Planta de plazas de garaje. Compraventa y segregación.*—Constituida en régimen de propiedad horizontal la finca a que se contrae el documento privado de compraventa de una plaza de garaje suscrito por las partes litigantes, no podría la vendedora (quien ya no era propietario único de la finca), sin incurrir en infracción de las normas impera-

tivas que tal régimen regulan, proceder a una nueva segregación de lo ya segregado, afectando a la copropiedad que sobre dichos elementos comunes correspondía ya al comprador, como propietario de una de las plazas de garaje que le había sido transmitida, resultando de ello que la sentencia recurrida lejos de violar el artículo 11 L. P. H. hizo una debida aplicación del mismo, en relación con el párrafo 1.º de la norma 1.ª del artículo 16 de la propia ley. (Sentencia de 11 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

46. *Enajenación de cosa indivisible.*—Desde el momento en que uno de los codueños pide la enajenación de la cosa común, es evidente que manifiesta su voluntad de que no se consulte a los demás condueños acerca de si a alguno conviene su adjudicación y, por consiguiente, no infringe el artículo 404 ni el 1.062 del C. C. la sentencia que decreta dicha subasta con admisión de licitadores extraños.

Indivisibilidad de la cosa común.—La determinación de la indivisibilidad de la cosa común o de su detrimento por su división es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la sala sentenciadora, que sólo cabe impugnar por la vía del núm. 7 del artículo 1.692, es decir, con la demostración del error de hecho o de derecho en el que la sentencia hubiera podido incurrir al apreciar la prueba y fijar según su resultado la nota factual de la indivisibilidad física o económica. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1983; no ha lugar.)

47. *Propiedad horizontal. Comunicación de locales comerciales situados en edificios colindantes. Necesidad de acuerdo unánime de los copropietarios.* Como hizo la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1980 al declarar que los «muros» son siempre elementos comunes según el artículo 396 del Código civil, se trata de paredes maestras o de sustentación, sean paredes divisorias o de separación, en cuanto la función de las segundas es la delimitadora del espacio correspondiente al edificio marcando el perímetro con relación a otro distinto; por lo que en el presente supuesto, igual que el que contempla la referida sentencia, aunque el muro demolido por el recurrente para poner en comunicación los locales de negocio de su propiedad pertenecientes a dos diferentes fincas urbanas, no era una pared de carga, sí constituía un elemento de cierre y delimitación con la casa vecina y, en consecuencia, no podía ser derribada sin la indispensable concurrencia de la unánime voluntad de los propietarios, como exigen los citados artículos 11 y 16-Primera de la Ley de Propiedad Horizontal.

Inexistencia de abuso de derecho.—No concurren los requisitos que condicionan la existencia de la invocada figura jurídica del abuso de derecho, pues la reacción del actor al formular su demanda dirigida a que cesen los efectos de la antijurídica conducta del demandado recurrente, que sin el consentimiento unánime del resto de los propietarios del inmueble derriba la pared divisoria de su local con la finca colindante, conculcando con ello los artículos 7 y 11 en relación con el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, no puede decirse que suponga una extralimitación subjetiva ni objetiva en el ejercicio de su derecho, en cuanto tiende a reponer la situación jurídica preexistente en defensa de un interés que la Ley considera digno

de protección, cual es el de mantener separados o individualizados los edificios colindantes, sometiendo la alteración de dicha situación al principio de unanimidad y no al de simple mayoría. (Sentencia de 9 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Uno de los copropietarios derribó la pared de separación entre el edificio en comunidad y un local sin existir acuerdo unánime de los componentes de la comunidad. Ante el hecho consumado del derribo de la pared de separación, uno de los copropietarios interpuso la correspondiente demanda. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron íntegramente la demanda. No prospera el recurso de casación.

48. *Propiedad horizontal. Elemento común.*—En el ámbito fáctico-jurídico debe considerarse como de tal naturaleza, en contra de lo apreciado por el recurrente, no exclusivamente los elementos de tal clase instalados al tiempo de la construcción del inmueble, sino que también los que lo fueron con posterioridad con el asenso de los copropietarios existentes al tener lugar la instalación.

Legislación aplicable.—La Sala de Instancia hace aplicación al caso contemplado del artículo 396 del Código civil, porque, aunque la casa fue construida en 1886 (antes de la entrada en vigor del C. C.), la situación se creó en el año 1945, en que se instaló el ascensor. La disposición transitoria primera del Código civil claramente pone de manifiesto, «a contrario sensu», que tal precepto es aplicable al caso al surgir el hecho que motiva su aplicación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

Violación de normas administrativas.—Los preceptos de carácter administrativo no son invocables para fundar en ellos la casación civil, puesto que este recurso debe referirse a su materia propia, que son las normas de derecho privado en aras a la salvaguardia del principio de unidad de doctrina; y de otra parte debido a que la infracción de normas reglamentarias sobre instalación de ascensores, no es determinante de la nulidad del acuerdo de su instalación, sino simplemente de infracción sancionable, en su caso, en la correspondiente vía administrativa, o incluso motivadora de exigencia, para el normal funcionamiento del adecuado cumplimiento de las exigencias reglamentarias establecidas.

Ausencia de mora. Falta de liquidez.—Los intereses de demora en las obligaciones de dar no se deben conjuntamente con la prestación principal si ésta es líquida, «in alliquidis non fit mora», y lo es, como en el presente caso ha ocurrido, si precisa para determinarla de la promoción de un juicio sobre tal extremo, en que además se ha reducido la cantidad reclamada. (Sentencia de 8 de julio de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de una Comunidad de propietarios demandó a uno de ellos reclamándole el importe de las cuotas correspondientes a sus dos pisos y lonja más la cantidad pertinente por la renovación del ascensor y la relativa a la amortización del préstamo solicitado para tal renovación. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó al

demandado al pago de una determinada cantidad de dinero. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial lo desestimó íntegramente. Prospera el recurso de casación solamente en lo relativo al motivo sexto sobre los intereses moratorios.

49. *Propiedad horizontal. Obras que alteran la configuración y aspecto externo de la fachada.*—Al permanecer incólumes las declaraciones fácticas de la sentencia impugnada de que las obras del kiosko, las realizadas en las terrazas y los letreros luminosos, «modifican la configuración y aspecto externo de la fachada y terrazas», aunque no afecten a la estructura y solidez de la construcción, y su verificación se ha consumado sin la autorización de la comunidad, es evidente que se ha conculcado la norma décima de los estatutos por los que la misma se rige, así como la configuración estructural externa del edificio, de ahí que al caso enjuiciado sean de aplicación, tanto el artículo 11, que contempla tal variación estructural, como el artículo 16-1.º de la LPH, ante la ausencia de autorización para realizar tales obras.

Legitimación del presidente.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la legitimación del presidente le viene conferida por el artículo 12 de la LPH, que le otorga la representación en juicio de la Comunidad, estando colocada tal actuación entre la representación orgánica y la meramente voluntaria, llevando implícita la de todos los titulares, tanto en juicio como fuera de él, actuando como órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, de tal manera que lo realizado por el presidente ha de entenderse como si fuera la propia comunidad actuante, sin perjuicio de las relaciones internas y de la obligación de aquél de responder de su gestión, tal como dijo la Sentencia de 10 junio 1981, reiterando las de 19 junio 1975 y 3 diciembre 1979, existiendo acuerdos comunitarios reiterados, según resulta del Libro de Actas de la Comunidad de la autorización que se le confirió para ejercitar acciones tendentes a restablecer las anomalías imputadas al aquí recurrente, estando otorgado el poder por quien a la sazón estaba en el desempeño de tal cargo presidencial. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1983; no ha lugar.)

NOTA: con anterioridad a la Sentencia aquí recógida últimamente, nuestro Tribunal Supremo se planteó en S. 3 febrero 1983 (Pte. Pérez Gimeno) la legitimación de los propietarios individuales en los siguientes términos: «... el hecho de que el artículo 12 de dicha ley especial confiara al presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo para que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido, en su participación indivisa en los elementos comunes y es lógico que así sea, ya que el disfrute de lo que le es privativo, requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes y si no se concediera acción a cada condueño para impugnar los actos por uno de ellos, sin la previa obtención del consentimiento de los otros, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma (Sentencias 28 abril 1966, 23 abril 1970, 31 mayo 1971, 10 junio 1981, etc.)».

(J.-A. LL. T.)

50. *Título constitutivo de servidumbre.*—Si el juzgador no hace declaración alguna sobre indemnización, no quiere decir que en las servidumbres

voluntarias no haya lugar a la misma, lo que ocurre es que en éstas regidas por su título constitutivo, ha de estarse a lo convenido en éste y consecuentemente a la dispuesto sobre este particular. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1981; no ha lugar.)

HECHOS: Don J. M. P. demanda a la sociedad C. P., suplicando que se condene a la misma a que otorgue escritura pública de constitución de servidumbre de paso a través de una finca que fue propiedad del actor y de un hermano suyo, y que, al ser vendida con posterioridad a la entidad demandada, dejaba cerrado el paso a una pieza de tierra de huerta, propiedad del actor, por cuya razón la sociedad demandada se obligó, en documento privado, a otorgar la correspondiente escritura pública de constitución de la servidumbre expresada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial desestimó el recurso.

51. *Interpretación.*—La interpretación de los contratos es función que compete al Tribunal de Instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, a no ser que resulten ilógicas o absurdas.

Constitución de servidumbre.—Son requisitos para el nacimiento de las servidumbres por destino de padre de familia, la existencia de uno o dos fundos pertenecientes al mismo propietario, un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos del cual resulte visible y fácilmente comprobable que el uno presta al otro un servicio que podría ser calificado de servidumbre, si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño, que este signo aparente de servidumbre haya sido establecido por el titular de la finca única o de ambos predios, y finalmente que uno de los fundos sea enajenado por el dueño común o se divida el fundo único sin que se haya hecho desaparecer el repetido signo, ni se haya una manifestación contraria a la subsistencia en el título de enajenación de cualquiera de las fincas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

52. *Actos meramente tolerados.*—La apertura de huecos para luces y vistas en pared propia, sin existencia de voladizos, sobre fundo ajeno, es un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta.

Incongruencia.—Para que pueda estimarse que hay incongruencia, tiene que darse una falta de adecuación o antinomia entre los pedimentos de la demanda y el fallo, pero nunca entre los razonamientos alegados, ya por las partes, ya por el Tribunal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

53. *Luces y vistas. Legislación anterior al Código civil.*—Que ya la Sentencia de esta Sala, de 25 de febrero de 1943 (confirmatoria de otras anteriores y precedente de las que siguieron, que luego se citarán), estableció que, cuando la legislación antigua no regulaba de una manera precisa y detallada los derechos de luces y vistas, incidentalmente aludidos en la Ley 15, Título XXXIX de la Partida III, cabía sentar, como criterio informante de

dicha normativa, las siguientes proposiciones: primera, que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su casa lo que quisiere, sin otros límites que los jurídicos y los morales —expresivamente recogidos en la definición de la Ley 1.ª, Título XXVIII de la misma Partida III— no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos, para luces o vistas, en pared propia; segunda, que tales luces o vistas no constituían, empero, derecho de servidumbre y, por consiguiente, no podían neutralizar el derecho que tenía al otro colindante para disminuir las o anularlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes; y tercera, que la falta de ejercicio de ese derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre «ne luminibus officiat», «altius tollendi» o «ne prospectui officiat», en favor del otro propietario que tuviese abiertos los huecos de su pared, ya que, según reiterada jurisprudencia, estas últimas servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo.

Usucapión.—Que esta doctrina relativa a la legislación anterior, en cuanto contempla la apertura de huecos en pared propia como manifestación «iure proprietatis» y no «iure servitutis», fue corroborada por las Sentencias de 9 de febrero de 1955, 14 de marzo de 1957 y 2 de octubre de 1964, y es esta última la que afirma, con cita previa de la Sentencia de 13 de junio de 1867, que la Ley 15, Título XXXI, Partida III, no daba derecho a mantener en paredes propias huecos laterales o ventanas en perjuicio del vecino que, disponiendo de su suelo y cielo, puede construir libremente en contigüidad o dar mayor elevación a construcciones existentes, «a no ser que se le hubiera contradicho el alzamiento para que no quitase las luces», consistiendo ese acto obstativo, doctrina ya recogida en las sentencias de 6 de marzo de 1875, 13 de mayo de 1882, 10 de mayo de 1884, 12 de noviembre de 1889 y 31 de mayo de 1890 (referentes a vistas antes de la vigencia del Código civil), ya que, según indica la Sentencia de 13 de mayo de 1882, los huecos abiertos en pared propia y en correspondencia con suelo y cielo ajenos son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo, en razón a que cuando alguno se aprovecha de esas luces aspira a constituir una servidumbre negativa para que el dueño de la finca a que afectan no pueda construir en contigüidad ni por consiguiente perjudicarlas.

Criterio normativo acogido en el Código civil.—El Código civil mantiene las dos posibilidades admitidas por la legislación anterior, es decir, la nacida («iure proprietatis») del derecho de propiedad como facultad de abrir huecos a la altura y de las dimensiones previstas en el artículo 582 y las derivadas de la adquisición de un derecho real de servidumbre que le permita la apertura de huecos contemplados en el artículo 582, mediante título o en virtud de prescripción conforme autorizan los artículos 537 y 538 del mismo Cuerpo legal, mas siempre, en el segundo caso, de la constancia del acto obstativo, por tratarse de servidumbre negativa como en el caso del recurso.

Falta de prueba de existencia de servidumbre.—Por ello es claro que la Sala de Instancia no pudo infringir ni la legislación anterior al Código ni tampoco la normativa de éste, pues en el primer caso la servidumbre no era tal según la doctrina expuesta y en ambos, antes o después del Código, faltaría el dato del cómputo —acto obstativo— para la usucapión, de donde resulta la procedencia del rechazo de los motivos estudiados.

Congruencia.—Al ser absolutoria la sentencia, como se ha dicho, es claro que, según reiteradísima doctrina, no se le puede reprochar haber incurrido en incongruencia, ya que las sentencias de esa clase se entiende que resuelven todas las cuestiones, salvo casos especiales. (Sentencia de 12 de julio de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Alegando la titularidad de unas servidumbres de luces y de desagüe, adquiridos desde tiempo inmemorial, el demandante solicitó la demolición del edificio construido por los demandados. Estos se opusieron a la demanda alegando, entre otras cosas, que el actor no era titular de servidumbre alguna, porque la servidumbre de luces y vistas, al estar los huecos en pared propia, es negativa y el tiempo para adquirirla por usucapión había de contarse desde el acto obstativo que acredita la no oposición del sirviente a la existencia de los huecos durante el tiempo prescrito, acto que no consta ni se prueba sino a partir de la demanda origen del recurso. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial rechazaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

54. *Servidumbre. Realización de obras necesarias por el dueño del predio dominante.*—El dueño del predio dominante ejerce su derecho a hacer, a su costa, en el predio sirviente, las obras necesarias para el uso de la servidumbre cuando efectúa unas obras indispensables para la habitabilidad del edificio construido en su solar, ejecutando correctamente en el orden arquitectónico y adaptadas a las condiciones exigidas por las compañías suministradoras, las modificaciones precisas en el paso. Así, pues, la demanda ha efectuado un uso «civiliter» de su derecho que no se ha demostrado que agrave la servidumbre. (Sentencia de 1 de mayo de 1983; no ha lugar.)

5. Derecho de familia

55. *Matrimonio canónico. Separación por malos tratos. Derecho transitorio. Continuidad normativa entre el artículo 105-2.º C. C. derogado y el artículo 82, causa 1.ª vigente.*—Según recordó esta Sala en Sentencia 15 julio 1982, la jurisprudencia recaída en aplicación del derogado artículo 105-2.º C. c., es aplicable a la causa 2.ª del vigente artículo 82 C. c., por ser normas de contenido sustancialmente análogo; se requiere una conducta injuriosa o vejatoria, informada de la nota de reiteración de los actos y de un elemento psicológico de rencor o aversión, indispensables para que tenga entidad bastante a los efectos de servir de base a la separación matrimonial, no siendo suficiente de suyo que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal si se

desconocen los resultados graves que de esas desavenencias pueden derivarse (Sentencia de 30 diciembre 1975); bien entendido que en el ordenamiento derogado—aplicable al supuesto litigioso—regía el sistema de separación por culpa, y aun sin desconocer la diversidad en los criterios inspiradores del nuevo texto legal, siempre será menester para la adopción de las medidas que lleva consigo la decisión judicial ordenando el cese del deber de convivencia, ora la anuencia de ambos consortes (separación negocial de convencional), bien la petición de uno de los casados cuando el otro esté incurso en causa legal de separación; lo que significa que, de no mediar el acuerdo de los interesados, será insuficiente la invocación de tensiones o desavenencias entre ambos, en tanto que no se traduzcan en las conductas o situaciones a que hace referencia dicho precepto, por más que se le interprete con prudente flexibilidad, que en no pocos casos permitiría subsumir las de palmaria ruptura del recíproco afecto en el número 1.º del artículo 82, como violación grave y reiterada de los deberes conyugales de respeto, ayuda y socorro, que hace intolerable la convivencia, como ya se pronunció este Tribunal en Sentencia de 10 febrero 1983.

No es sevicia para el otro cónyuge el consumo ocasional de alcohol.—La desmedida inclinación al consumo de alcohol no entraña por sí misma una anormalidad de alcance sevicioso, sino tienen más bien base y significación patológicas que impiden la asimilación entre las sevicias y la edición alcohólica, como lo confirma el vigente artículo 82-4.º C. c., siendo de resaltar que esa ingestión reprochada al marido ha sido definida por la Sala de «ocasional», lo que excluye la idea de hábito, descartándose el requisito de una acusada reiteración, racionalmente indispensable para que el interés del otro cónyuge, o el de la familia, exijan la suspensión de la convivencia.

No es injuria la reconvencción basada en la infidelidad del otro cónyuge.—Es inadmisibles sostener que la acusación de infidelidad como base del pedimento deducido en la reconvencción pueda ser valorada como constitutivo de injurias, atendida su finalidad y las circunstancias en que el concepto es proferido, por más que la reconvencción sea rechazada en virtud de las limitaciones del proceso, o se tenga por infundada la imputación. (Sentencia de 19 de mayo de 1983; no ha lugar.)

Con carácter general, parece razonable la línea de continuidad interpretativa, en materia de separación conyugal, que el T. S. viene manteniendo después de la entrada en vigor de la reforma matrimonial, si bien la Sentencia extractada no deja de marcar las importantes diferencias resultantes del cambio de sistema legal (introducción de la separación por acuerdo y de algunas causas de separación objetiva). Sobre el tema puede verse García Cantero, *Comentarios a los artículos 42 a 107 C. c.* (Madrid, 1982), pp. 272 ss.

Para apreciar lo fundado de la desestimación del recurso conviene referirse a los hechos-base de la demanda de separación entablada por la esposa, que el T. S. acepta: «Ambos esposos son personas preocupadas por la formación moral e intelectual de sus hijos, comportándose correctamente

—más severo el padre— en cuanto a la educación de los mismos, gozando la esposa de excelente conducta en Jerez de la Frontera y siendo el marido un médico muy trabajador, que ocasionalmente ingiere con exceso bebidas alcohólicas, y si bien existen desde hace varios años tensiones y desavenencias conyugales que dificultan la convivencia matrimonial e incluso han provocado violentas discusiones, no resultan cumplidamente acreditados los malos tratos de obra y de palabra denunciados en la demanda, ni que el esposo haya tenido desatendida a la familia en el doble concepto invocado. Parece claro que la adición al alcohol, por sí sola, no induce la existencia de sevicias o malos tratos, y en cuanto a su funcionamiento como causa autónoma de separación, de acuerdo con el artículo 82, causa 4.ª, en su redacción de 1981, de indudable carácter objetivo, requiere la prueba de requisitos (interés del otro cónyuge o de la familia) que aquí no se ha producido.

(G. G. C.)

56. *Matrimonio canónico. Separación según Decreto-Ley de 29 de diciembre 1979. Derecho Transitorio. Artículos 105-2.º C. C. derogado.*—Lo Único probado es que entre los esposos litigantes en determinados momentos surgieron discusiones y discrepancias, e incluso leves agresiones o insultos, simples incidentes vulgares de la vida matrimonial al enfrentarse con los múltiples y variados problemas que la cotidiana lucha por la vida les ha deparado, los más de carácter económico debido a la mala marcha de los negocios, lo cual no encaja en la causa 2.ª del derogado artículo 105 C. c., dada la escasa trascendencia de las discusiones matrimoniales surgidas entre los esposos litigantes. (Sentencia de 16 de junio de 1983; no ha lugar.)

57. *Actitud injuriosa como causa de separación.*—Lo que importa a la hora de aplicar la causa 1.ª del artículo 82 del C. C. (conducta injuriosa o vejatoria) es el resultado de un persistente agravio, con evidente nota de vulneración no leve del deber de respeto que como recíproco impone a los cónyuges el actual artículo 67 del C. C. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Doña P. R. LL. presenta demanda de separación conyugal contra don J. O. B. por razón de malos tratos, injurias graves y violación de los deberes conyugales por parte de su marido. El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia territorial desestima el recurso de apelación.

6. Derecho de sucesiones

58. *Sucesión en las dignidades nobiliarias. Principio rector de su régimen jurídico.*—En materia de titularidad de mercedes nobiliarias es principio básico e indeclinable la atribución de su origen a la potestad real, de la que emanan como prerrogativa del Soberano, como consta en el Código de las Siete Partidas, leyes de Toro, Novísima Recopilación, leyes desvinculadoras, Decreto de 4 junio 1948, e incluso la vigente Constitución (art. 62. e);

potestad regia que no se limita a la concesión, sino que comprende la pérdida y la modificación posterior, en cuyo caso, se produce una novación de los términos en que se hizo la concesión primitiva.

Concesión modificativa de dignidad nobiliaria. Orden sucesorio.—La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que cabe el supuesto de que, respecto de las dignidades nobiliarias y con intervención del Monarca, se altere o modifique el orden regular y ordinario de la sucesión, de modo que mediante una concesión modificativa sea alterado el orden sucesorio inicial, sin que, por ello, pueda entenderse vulnerado ningún derecho de los llamados a la merced. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; ha lugar.)

59. *Civil. Testamento in articulo mortis. Nulidad.*—Es nulo el testamento otorgado ante cinco testigos, sin Notario, cuando no existe ninguna constancia eficiente probatoria de que no pudiera acudir a Notario para otorgarlo, que es la esencia motivadora de la posibilidad que autoriza el artículo 700 del Código civil. (Sentencia de 22 de marzo de 1983; ha lugar.)

HECHOS: La actora, que sostenía ser la única heredera de una cierta persona en virtud de testamento, pedía la nulidad de unos contratos de venta otorgados por el difunto —antes del testamento— a favor del demandado. Por su parte, éste, en trámite de reconvenición, pedía la nulidad del testamento.

60. *Interpretación de cláusula testamentaria.*—Lo que los recurrentes pretenden es atacar la interpretación verificada por la Sala sentenciadora de una determinada cláusula testamentaria, facultad soberana de la Sala, que sólo puede impugnarse con cita de las normas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, lo que al no hacerse determina que la interpretación de la Sala haya de mantenerse, en cuanto declara la nulidad de la meritada cláusula.

Mejora.—Como ya dijo la Sentencia de 16 de junio de 1902, con arreglo al artículo 830 del Código civil, no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, ni encomendar a otro, incluido el propio heredero mejorado, la facultad que al testador otorga el artículo 829 del mismo Código de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse. El otorgar dicha facultad de señalamiento y determinación de los bienes al mejorado apareja, de suyo, la nulidad de la cláusula, prescindiendo de que el tal heredero haya hecho uso o no de la facultad de elección.

Error de hecho.—El motivo ha de decaer porque el error de hecho no puede apreciarse ni admitirse por el resultado que ofrezca un medio probatorio aislado, cuando el hecho que en la instancia se estima probado lo es por conjunta apreciación de las probanzas practicadas, sin que sea lícito al impugnante desvincular la resultancia probatoria obtenida, para asentar su tesis impugnatoria en un documento o probanza aislada.

Documentos auténticos.—Carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que hayan sido estudiados, compul-

sados y valorados por el juzgador, como elementos de su juicio y componentes de su razonada y razonable convicción, constituyéndose sobre ellos, por aquél, la tesis decisoria del proceso. (Sentencia de 18 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: La Audiencia Territorial, revocando en parte la sentencia del Juez de Primera Instancia, declaró procedente la nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo por el comisario contador-partidor testamentario de ambos causantes, y condenó a los demandados, como coherederos de los actores, a practicar nuevas operaciones particionales de los bienes de los causantes, con la previa liquidación de la sociedad legal de ganancias de ambos. No prospera el recurso de casación.

NOTA: La tesis del Tribunal Supremo es también admitida por la doctrina. Lacruz (*Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 453) precisa que el señalamiento de la cosa en que consiste la mejora se ha de considerar, de acuerdo con las leyes de Toro (ley 19), personalísimo, salvo lo previsto en el artículo 831 del Código civil. (A. C. S.)

II. DERECHO MERCANTIL

61. *Transmisión de participaciones de Sociedad Limitada. Naturaleza del régimen legal.*—El artículo 20, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 17 de julio de 1953 establece el régimen para la transmisión por acto «inter vivos» de las participaciones de estas sociedades, pero esta norma carece de carácter imperativo, pues, por el contrario, tiene naturaleza dispositiva y subsidiaria, como evidencia el párrafo 3.º del mismo artículo. En consecuencia, la sanción aneja a su infracción no es la nulidad radical o de pleno derecho, sino la anulabilidad o nulidad relativa, pues no se contraría una norma imperativa, como exige el apartado 3 del artículo 6 del Código civil.

Anulabilidad de la transmisión de participaciones. Régimen.—El supuesto producido tiene encaje en el artículo 1.300 del Código civil, pues consta probada la realidad y validez del contrato, que pudo ser anulado al adolecer de un defecto o vicio, impugnándose dentro del plazo marcado por el artículo 1.301 por las personas interesadas en su observancia, pero nunca por el recurrente, que fue causante directo del incumplimiento. (Sentencia de 29 de enero de 1983; no ha lugar.)

62. *Aplicación indebida de Derecho extranjero.*—No es lícito a un Tribunal español tratar de resolver un caso sometido a su decisión aplicando normas de un Derecho extranjero, como son los preceptos del Código civil italiano de 1942.

Inscripción de rótulo de establecimiento en el Registro de la Propiedad Industrial.—Producido un supuesto de doble inmatriculación, la jurisprudencia da preferencia a la primera inscripción, por aplicación del principio de prioridad, el cual juega, en este caso, en favor del recurrente, que reunía

todas las condiciones legales para abrir el establecimiento de que se trata y para inscribir el rótulo a su nombre en el Registro de la Propiedad Industrial, como lo hizo, antes que su oponente. (Sentencia de 4 de febrero de 1983; ha lugar.)

63. *Marcas comerciales. Prohibición de su identidad o semejanza con otra inscrita.*—La pretensión de encontrar una diferencia de régimen entre la identidad y la semejanza con marcas inscritas carece de sentido, pues la finalidad de la marca se frustra no sólo con la total y absoluta identidad, sino también cuando se padece confusión por la semejanza o parecido, de modo que ambos supuestos están afectados por la misma prohibición.

Doble inmatriculación de marcas. Doctrina general.—Estos casos no se resuelven con la aplicación del artículo 14, pues dicho precepto trata de regular únicamente las relaciones entre el usuario extrarregistral de la marca y el titular inscrito, mientras que en caso de doble inmatriculación la acción que asiste al titular registral prioritario no está limitada al plazo trienal, sino que estaría sujeta al plazo prescriptivo general de quince años. (Sentencia de 2 de marzo de 1983; no ha lugar.)

NOTA: El artículo 14 citado es del Estatuto de la Propiedad Industrial, aprobado por R. D.-Ley de 26-7-29; según su primer párrafo: «El certificado de concesión del registro de una marca y el nombre comercial constituye una presunción «iuris tantum» de propiedad. El dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título». (P. E. A.)

64. *Destrucción de la presunción de pagos que implica la posesión de las letras de cambio por el deudor.*—No procede admitir la violación de los artículos 488 y 495 del C. C., ya que, aun cuando de su tenor se desprende una presunción «iuris tantum» de quien tiene en su poder una letra de cambio la ha abonado previamente, esta presunción, en el presente caso, ha sido contrarrestada por las comunicaciones de las entidades bancarias en las que se hacía constar que las letras fueron impagadas y también por el hecho de haberse entregado por la actora al recurrente, en compensación parcial del precio de una venta realizada por el demandado a ésta. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

65. *Seguro de transporte aéreo. Doble seguro aparente. Inexistencia de riesgo. Sobreseguro.*—La duplicidad de seguros sobre el mismo interés, riesgo y tiempo, que es lo que el principio indemnizatorio excluye, no se ha de identificar con la unicidad del objeto o cosa asegurada, que es el paquete conteniendo la mercancía de artículos de joyería, el cual estaba asegurado por todo el valor-precio del mismo, desde el lado del fabricante-vendedor y también desde el lado del comprador, sino que debe relacionarse con el concreto riesgo asegurado, único durante todo el tracto temporal del transporte, a saber la pérdida o daños de almacén de origen a almacén de destino; y como ha prevalecido el seguro pactado por la entidad compradora, resultan las siguientes consecuencias: A) Que la aparente consistencia de los dos seguros se define, mejor que como supuesto de pluralidad, como falta

de interés del vendedor y, por lo mismo, de inexistente riesgo asegurable por la entidad recurrente, lo que supone su ineficacia por nulidad del contrato al faltarle la causa; y B) Además, aunque la situación se calificase de sobreseguro por acumulación de pólizas —una de ellas foránea, incorporando elementos de tráfico jurídico externo, de difícil valoración—, su régimen se hallaría en el artículo 399 C. com. y habría que atender a la sucesión de las pólizas y al orden fechas, para reputar ineficaz la segunda, sin ser de aplicación el reparto proporcional del artículo 1.795, párrafo 2.º, C. c., ni el nuevo artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

Enriquecimiento injusto.—Para que no haya injusto enriquecimiento la vendedora de la mercancía extraviada debe devolver la indemnización recibida de su compañía aseguradora dado que había recibido el precio de la aseguradora del vendedor. (Sentencia de 13 de abril de 1983; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

66. *Exclusión voluntaria de la ley aplicable. Interpretación restrictiva.*—La exclusión voluntaria de la ley aplicable, admitida por el artículo 6.2. C. c. con la restricción de que no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a terceros, al significar por su alcance la trascendente consecuencia, que señala autorizada doctrina científica, de una renuncia a la adquisición de derechos que por la normal aplicación de la ley se tendrían o llegarían a tener, ha de ser interpretada restrictivamente, adoptando como criterio para ello el que radica en la distinción entre leyes de carácter imperativo o necesario y leyes de carácter dispositivo o permisivo, no pudiendo excluirse por voluntad de los particulares interesados la aplicación de las primeras.

El sistema de recursos es imperativo.—Son inderogables por la voluntad de los particulares las normas del ordenamiento jurídico que establecen el sistema de recursos que pueden darse contra las resoluciones judiciales, por lo cual el artículo 135 de la vigente L.A.U. contiene una prescripción de carácter imperativo.

Juicio sobre traspaso tramitado según las normas de mayor cuantía por acuerdo de las partes.—Según lo preceptuado en el artículo 151 LAU sólo es permisible el trámite ordenado por las leyes procesales comunes cuando el litigio, aunque propio de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos por la misma, y así lo entendió la S. de 26 noviembre 1963, al sancionar que, dada la naturaleza de las normas procesales, el hecho de que la parte en segunda instancia no reprodujera la excepción de inadecuación del procedimiento, fundada en que la materia litigiosa no podía ventilarse por los trámites del juicio declarativo ordinario, no liberaba al Tribunal de segunda instancia de examinar el problema dando como razón el aquietamiento de las partes, razón que subsiste en el presente en que por acuerdo de las partes el juicio de traspaso se tramita por las reglas del de ma-

yor cuantía, obligando al Tribunal de Casación a examinarlo de oficio, y a declarar la inadmisión del recurso de casación. (Sentencia de 7 de junio de 1983; no ha lugar.)

La S. recoge la *communis opinio* de la civilística moderna sobre la renuncia de la ley aplicable. Cfr. por todos Lacruz Berdejo, *Elementos*, I,1.º, 2.ª ed. (Barcelona, 1982), pp. 206 s.

67. *Falta de acción.*—Dado que la falta de acción no afecta a la capacidad procesal, sino al derecho subjetivo pretendido, ello significa que para apreciarla se requiere decidir sobre el aspecto de fondo a que la acción se contraiga, dado que sin conocer la validez y consiguiente eficacia o ineficacia, del derecho con base en el que se pretenda dar vida a la acción ejercitada, no puede decirse que ésta falta. (Sentencia de 22 de marzo de 1983.)

68. *Litis consorcio pasivo necesario. Aplicación respecto de bienes matrimoniales.*—La Sala sentenciadora, al exigir la presencia en el litigio de la cotitular de la correcta integración del contradictorio en casos de titularidad conjunta del bien objeto de controversia y, a estos efectos, no debe tenerse en cuenta la amplitud de los poderes del marido en cuanto a los bienes gananciales, tema ajeno a la situación planteada. (Sentencia de 16 de febrero de 1983; no ha lugar.)

69. *Compraventa de vivienda. Resolución por incumplimiento. Pérdida de cantidades entregadas a cuenta. Incongruencia.*—Si en la demanda se pide la resolución del contrato con pérdida de las cantidades entregadas por los compradores, evidente parece que la sentencia se extralimita *ultra petitum* al establecer un sistema de liquidación de cantidades incompatibles con las consecuencias jurídicas y económicas, yendo más allá de sus fines y efectos prácticos no instados por ninguna de las partes, puesto que, de seguirse los términos del fallo recurrido, habría que continuar el cumplimiento de un contrato ya resuelto en cuanto los compradores se verían forzados al abono de más sumas que las ya entregadas y declaradas pérdidas en beneficio de la vendedora, dado que desde la fecha de la resolución, que opera *ex tunc* a partir del acto de conciliación, hasta que la sentencia se cumpla, habrán transcurrido más de seis años, que aún con el límite de 60.000 pesetas por año que fija la sentencia, equivaldrán por lo menos a 300.000 pesetas exigibles, con el exceso que supone sobre las 221.000 pesetas entregadas y pérdidas a favor de la vendedora. (Sentencia de 6 de junio de 1983; ha lugar.)

Aunque formalmente la incongruencia es clara, equitativamente parece justa la decisión de la audiencia de condenar al pago de una cantidad por el disfrute del piso hasta la ejecución de la sentencia. Entre la sentencia de 1.ª instancia y la de casación transcurren casi cinco años durante los cuales el comprador ha disfrutado de la finca sin remuneración directa. El artículo 24 CE habla de la *tutela efectiva* de los derechos y ello supone también una justicia razonablemente rápida.

70. *Congruencia.*—El principio de congruencia no cierra el paso a la utilización por el juzgador de los preceptos legales que estime oportunos —en este caso del artículo 1.124 del Código civil—, siempre que guarden el debido respeto al componente fáctico esencial de la acción ejercitada.

Correcta aplicación del artículo 1.124 del Código civil.—Que el razonamiento inicial del considerando precedente hace caducar asimismo el otro motivo de casación relativo a la indebida aplicación al caso del artículo 1.124 del Código civil que la sentencia cita, toda vez que están presentes en las alegaciones de la Comunidad actora la denuncia de incumplimiento contractual por una de las partes y la afirmación de cumplimiento por la otra de lo convenido, que es la situación que, en principio, el precepto contempla y es tan reiterada la doctrina jurisprudencial de que siempre que se mantengan la situación de hecho y la causa petendi, integradas en la demanda, puede el juzgador, habilitado por su libertad en la fundamentación jurídica, establecer el juicio crítico que estime idóneo, al margen de las normas invocadas por los demandantes, como notorias las declaraciones de este Tribunal en punto a la improcedencia de casar una sentencia cuando a la misma conclusión que en ella se sienta habría de llegarse utilizando una más adecuada vía, situación que es, justamente, lo que sucedería en el presente caso en que la postulación indemnizatoria concedida permanecería invariable trayendo a juego la norma del artículo 1.101 del Código civil específicamente aplicable en función indemnizatoria a cualquier conducta, que como la de los demandados, contravenga el tenor de la obligación contractualmente asumida.

Fuerza probatoria de las escrituras públicas.—El artículo 1.218 del Código civil, en cuanto atribuye a las escrituras públicas fuerza probatoria contra los contratantes por lo en ellas declarado, no obliga al juzgador a atenerse al precio de compra, consignado en las mismas, a la hora de fijar la indemnización debida por incumplimiento parcial de lo convenido, ya que aparte la alteración ínsita en la variación del tiempo y circunstancias en que la contratación y el incumplimiento acaecieron, el precio escriturado, ni puede considerarse protegido por la fe notarial, ni, como se ha dicho, está dotado de veracidad intrínseca hasta el punto de que no puede ser desvirtuado por los demás medios probatorios.

Admisibilidad de la acción resolutoria.—La acción ejercitada no es la del artículo 1.469 del Código al que aquel breve plazo de prescripción se refiere, sino la del artículo 1.124 del propio ordenamiento civil, con el correspondiente plazo prescriptorio de 15 años.

Inaplicación del artículo 1.471 del Código civil.—Tal supuesto normativo no cae dentro de la acción indemnizatoria ejercitada y resuelto por la sentencia impugnada.

Legitimación de la Comunidad de propietarios.—Pretendiendo en el recurso la inmobiliaria en cuestión que frente a ella sólo tienen acción los concretos compradores a los que vendió los pisos y garaje, mas no la Comuni-

dad demandante, olvida que dichos compradores son, al mismo tiempo que miembros de dicha Comunidad, y que la Comunidad de los pisos, debidamente autorizada está legitimada para accionar frente a cualquier vendedor, en beneficio común de la copropiedad. (Sentencia de 30 de junio de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: El presidente de una comunidad de propietarios solicitó que para el caso de imposibilidad de ampliación del sótano-garaje a costa de los demandados (vendedores), se condenase a éstos a indemnizar los daños y perjuicios que con ello se hubieran causado a los propietarios. El Juez de Primera Instancia declaró no haber lugar a emitir pronunciamiento sobre el fondo de la litis. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y condenó a los demandados a que indemnizasen a la Comunidad actora de los daños y perjuicios sufridos. No prospera el recurso de casación interpuesto por los vendedores.

71. Ambito del recurso de apelación. Prohibición de la «reformatio in peius».—El ámbito de la segunda instancia se extiende al conocimiento de todo el material valorado ya en la primera, a tenor del principio de la *revisio prioris instantia* y de las positivas consecuencias del principio devolutivo, si bien con la obligada cortapisa impuesta por la prohibición de la *reformatio in peius* y consiguiente limitación del objeto procesal, en cuya virtud el Tribunal de Apelación no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del apelante, aunque lo entendiera ajustado, a no ser que la otra parte se haya adherido a la apelación, lo que determina que los extremos consentidos por los litigantes no se integran en la materia del recurso y vienen amparados por la cosa juzgada según el artículo 408. Más bien protegidos por imperativo de la congruencia.

Facultades del Tribunal de apelación.—Aun cuando el recurso de apelación se configura en algunos ordenamientos como un *novum iudicium*, en el nuestro se concibe como una revisión del proceso seguido en la primera instancia, que tiene por finalidad censurar los resultados ya obtenidos, examinando íntegramente la cuestión litigiosa y decidiéndola, de ordinario, sobre la base del mismo material instructivo, por lo que el Juzgador de la alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimientos y en la misma posición que tuvo el Juez originario, tanto en la cuestión de hecho, como en la de derecho, aunque siempre sin agravar la posición del apelante, pues los particulares de la sentencia a los que no se extiende el recurso adquieren la firmeza que el consentimiento de las partes les presta.

Sistema de la doble instancia.—El sistema de la doble instancia ha de ser entendido como mera posibilidad de que toda contienda entre partes es susceptible de pasar, antes de alcanzar firmeza, por dos grados jurisdiccionales, pero no que los jueces de uno y otro tengan que decidir sobre la totalidad de los puntos inicialmente planteados en el litigio.

Eficacia de la sentencia revocatoria.—En el supuesto de haber estimado el *iudex a quo* una excepción, absteniéndose de entrar en el fondo de la con-

troversia, si la sentencia recaída en la apelación revoca la del primer grado, desestimando la excepción acogida por el inferior, el Tribunal no reenvía las actuaciones al órgano de procedencia para que decida sobre la cuestión sustantiva, sino que en virtud de lo indicado, y por indeclinables atenciones de economía procesal, la resolución a pronunciar en la alzada abarcará toda la materia debatida, lo que implica que el Juez *ad quem* pasa a ejercer la jurisdicción negativa y positiva y que tras el pronunciamiento rescindente dicta el rescisorio.

Prohibición del «non liquet».—La prohibición del *non liquet* establecida en el artículo 1.7. C. c. se halla en relación con el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la función integradora del Juez, enuncia expresa obligación de dictar sentencia, que conceptúa como deber inexcusable partiendo de la vinculación de los Jueces y Tribunales al sistema de fuentes establecido, pero en manera alguna puede significar que por efecto de la relación jerárquica, el Tribunal de Alzada tiene que reservar el conocimiento sobre el fondo al organismo jurisdiccional de la primera instancia, una vez revocado el pronunciamiento de éste, apreciado defectuoso en los presupuestos procesales. (Sentencia de 22 de junio de 1983; no ha lugar.)

El recurso resuelto por la S. extractada planteaba un tema doctrinal de interés, a saber la ausencia de reenvío en nuestro sistema procesal, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como el francés; así es el propio T. S. el que dicta segunda sentencia al estimar el recurso de casación, y es el Tribunal de Apelación el que dicta la resolución procedente cuando desestima una excepción dilatoria aceptada en primera instancia (en el presente caso, la de incompetencia de jurisdicción y de falta de personalidad en el actor y en su procurador). Sin embargo, la desestimación del recurso se imponía *de lege data*, por más que el T. S. haya aprovechado la oportunidad para recordar los principios básicos que rigen la segunda instancia. Pte. De Castro García). (G. G. C.)

72. *Recurso de casación por defecto de forma. Falta de acto de conciliación. No constituye quebrantamiento de formalidades esenciales.*—La falta de acto de conciliación no constituye quebrantamiento de formalidades esenciales, ni, consiguientemente, puede ser causa o razón de ser de un motivo de casación por quebrantamiento de forma al no estar comprendido en los supuestos recogidos por el artículo 1.693 L. e. c.; los artículos 460 y 462 L. e. c. son dos preceptos de naturaleza objetiva cuya infracción queda al margen de la esfera casacional contemplada en el artículo 1.692 L. e. c.

Subsanación de notificaciones defectuosas.—Constituye un principio general el de que cualesquiera que sean los defectos de las notificaciones, emplazamientos o citaciones, la falta queda corregida por la constitución del interesado en el proceso sin pedir, de modo inmediato, la subsanación del defecto. (Sentencia de 14 de julio de 1983; no ha lugar.)

73. *Apreciación conjunta de la prueba. Doctrina general.*—El Tribunal sentenciador ha fijado una situación de hecho derivada de la apreciación

de la prueba en su totalidad, más allá del simple contenido de los documentos privados aportados, y este criterio no es discutible más que por la vía del error de hecho, enfrentando la situación fáctica sentada por la Sala con un documento auténtico de signo contrario, lo cual no se ha hecho en el presente caso.

Exclusión de la casación aunque prospere algún motivo. Supuestos.—Es notoria la doctrina de este Tribunal expresiva de que la anulación de una sentencia no procede, pese a la existencia de algún motivo, cuando por otro camino, se impone una conclusión idéntica a la de la resolución anulada. (Sentencia de 15 de febrero de 1983; no ha lugar.)

74. *Prueba testifical.*—El artículo 1.248 del C. C., por su naturaleza meramente admonitiva, no constituye la norma probatoria preconstituida indispensable para aducir el error in iudicando en casación. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

75. *Error de hecho y de derecho.*—Es muy reiterada la jurisprudencia recaída en el ámbito del desaparecido recurso de revisión respecto a que sólo puede darse el manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas cuando aparezca palmaria y evidente la vulneración de las reglas del recto criterio en la valoración probatoria o en la calificación jurídica que los hechos acreditados merezcan, de tal modo que se revele la flagrante disconformidad entre lo resuelto y la inequívoca resultancia de lo actuado, pero en manera alguna viene permitido sustituir por el propio criterio de la parte el autorizado juicio que sobre cuestiones de hecho es facultad de la Sala «a quo» concretar y establecer.

Documento público.—Según doctrina jurisprudencial constante, el carácter público de un documento sólo puede garantizar como extremos que prueba el instrumento, que las manifestaciones en él contenidas han sido realmente hechas por las partes, pero no su veracidad intrínseca (Sentencias de 4-7-41, 19 y 20-4-60, 6-5-61, 2-2-62, 28-3-63, 4-2-64, 8-10-64, 2-6-69 y 29-5-70, entre otras), pudiendo ser combatida por los restantes medios a que alude el artículo 1.215 (27-1-76).

Documento privado.—El artículo 1.227 del C. C. no rige cuando el Juzgador valora el contenido documental y determina su fecha, utilizando más pruebas que esa constancia escrita y por ello sólo es de aplicación la regla cuando el hecho a que se contrae únicamente puede tener demostración a través del propio documento (Sentencias de 2-12-52, 20-12-56, 4-5-57, 20-10-64, 6-3-65, 26-2-69 y 13-5-72).

Papeles domésticos.—Los asientos, registros y papeles a que el artículo 1.228 del C. C. alude son los formados por uno sólo de los interesados y conservados siempre por él, además de que este principio legal contenido en dicha norma no es aplicable cuando existen otros medios de prueba:

76. *Error de hecho. Documento auténtico.*—No se cumple la exigencia de que el error de hecho haya de resultar de documentos auténticos que demues-

tren la equivocación del juzgador, al hacer referencia a «los documentos incorporados a autos», siendo indispensable que se señale concretamente el o los documentos auténticos. También es necesario que tales documentos no hayan sido tomados en consideración por el juzgador, siendo asimismo precisa la literosuficiencia, consistente en que el documento o documentos, de suyo, ofrezcan tal eficacia demostrativa que de la simple lectura de su texto, sin necesidad de aclaraciones interpretativas, ni operaciones deductivas, ni analógicas, ni hipótesis, se patentice la equivocación del juzgador de modo irrefutable y desde el literal contraste o confrontación entre el contenido del documento y el hecho que declaró probado el juzgador en la instancia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1983; no ha lugar.)

77. Documento auténtico.—Carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que fueron examinados, interpretados y valorados en cuanto a su eficacia probatoria en la instancia, teniendo, por el contrario, tal carácter, los inadvertidos y por ello no sometidos a la apreciación de tal juzgador.

Prueba.—No puede combatirse en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otras, pues resulta ineficaz descomponer esa apreciación conjunta para separar e impugnar aisladamente uno solo de los elementos que la integran.

Error de hecho.—A lo que se refiere el error de hecho es a la demostración de su patente existencia, derivada de actos o documentos auténticos no estudiados ni valorados por el juez como elemento de su juicio, ni precisados de conjugación ni exégesis alguna por el Tribunal de casación.

Infracción de doctrina legal.—Para acusar una infracción de doctrina legal en casación, no es suficiente con invocar una sola sentencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983; no ha lugar.)

78. Documentos auténticos.—No pueden esgrimirse como tales los mismos que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para construir su tesis decisoria del fallo.

Error de derecho.—El error de derecho solamente se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, lo que exige la cita de la norma valorativa que se haya violado entre las cuales no se encuentra el artículo 1.243, ni el 632 de la LEC al que el anterior se remite, pues este último precepto atribuye a los jueces y tribunales la apreciación de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, reglas que al no estar determinadas no permiten apoyarse en ellas para formar un criterio que demuestre el error evidente invocado, pues en definitiva la prueba pericial está sometida a la discrecional apreciación del juzgador.

Allanamiento.—El artículo 41 del Decreto de 21-XI-1952, que regula el allanamiento en los juicios de cognición no puede servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley por no determinar su hipotética infracción un vicio «in judicando».

Prueba.—No es lícito en casación descomponer el conjunto de la prueba para, con elementos fragmentarios de la misma, tratar de enervar la apreciación sintética del Juzgador de Instancia, ni es tampoco lícito combatir los hechos que la sentencia declara probados, como fruto de la valoración llevada a cabo por la Sala, como no sea por el cauce número 7 del artículo 1.692 de la LEC. (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

79. *Arbitraje de equidad. Concesión judicial de prórroga del plazo para dictar el laudo.*—Aunque la prórroga no fue solicitada al Juez por las partes, sino por los árbitros, su concesión es plenamente eficaz, pues se trata de un juicio arbitral nacido no sólo de la voluntad de las partes, sino de una decisión judicial sancionadora y ante la resistencia injustificada al cumplimiento, es la autoridad judicial la que ha de fijar los requisitos del laudo, entre ellos, el plazo, sin que la función del Juez termine en el auto formalizando el compromiso.

Por otra parte, la prórroga concedida fue notificada a las partes, sin que haya sido impugnada, lo cual supone una aceptación o tácita ratificación de la misma.

Congruencia. Doctrina general.—Al arbitraje es aplicable la doctrina general de la congruencia exigida a las resoluciones judiciales; así, pues, como los apartados del compromiso que se dicen preteridos fueron estudiados como presupuestos de los expresamente resueltos, no existe incongruencia por defecto. (Sentencia de 4 de febrero de 1983; no ha lugar.)

80. *Maquinación fraudulenta. Recurso de revisión.*—Reiterada jurisprudencia de esta Sala, al respecto de los hechos que pueden determinar la procedencia del recurso extraordinario de revisión por concurrencia del caso 4.º del artículo 1.796 LEC, establece como una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que el precepto se refiere y más frecuentemente empleada, la que deriva de la actividad de la parte actora encaminada a dificultar y ocultar al demandado el planteamiento del litigio, impidiendo que se entere del requerimiento juicio y pueda defenderse adecuadamente, interesando, con apoyo en la alegación inexacta de ser desconocido su domicilio, la citación por edictos a los fines de que se sustancie el juicio en su rebeldía, obteniendo una sentencia favorable sin que el demandado comparezca a defender sus posibles derechos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1983, ha lugar.)